

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El contrato de asunción de deuda

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Arturo Álvarez Joven

Madrid, 2015

Rd. 54.478

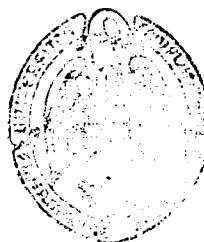
300

Arturo Alvarez Joven

EL CONTRATO DE ASUNCION DE DEUDA

- Tesis Doctoral -

Dirigida por el Dr. JOSE BELTRAN DE HEREDIA
CASTAÑO, Catedrático de Derecho Civil.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

-Facultad de Derecho-

Madrid, 1978

- 1 -

PARTE I

LA OBLIGACION Y SU DINAMICA JURIDICA Y
ECONOMICA.

CAPITULO PRIMERO

Análisis de la relación jurídica.

El hombre, como decía Aristóteles en su "Política", es siempre un ser social por naturaleza. Y en este sentido podemos decir que el hombre se encuentra en una situación real de convivencia con los demás - hombres. Por lo que se puede afirmar que el hombre es el sujeto de las relaciones sociales. Mas, como quiera que en éste coexisten junto a sus conductas sociales, otras conductas antisociales (1), se hace necesario la existencia de una norma o conjunto de normas -Ordenamiento jurídico- que regule esa convivencia social. De esta manera, al añadir a la mera relación fáctica el ingrediente del Derecho, aquélla se transforma en relación jurídica en sentido general. Esta con-

- - - - -

(1) M.KANT: Principios metafísicos del Derecho.
Sección 1, parágrafo XLV.

sideración es la que inspiró a ENGISCH para decir: "El hombre siempre se halla en el Derecho en situación de persona autorizada u obligada. Precisamente por ello llega a ser plenamente hombre: sujeto de Derecho" (2).

De lo dicho se deduce que para que pueda - existir una relación jurídica, es necesario la previa existencia de una solera social sobre la que - se pueda aquélla edificar. El hombre solo, aislado, jamás alcanzaría el atributo, mejor dicho, la cualidad de sujeto de Derecho. La historia de ROBINSON CRUSOE en una isla desierta, es un ejemplo curioso de la inexistencia del Derecho, de la innecesariedad de un ordenamiento jurídico. Pues al no existir persona alguna que conviviese con él, ninguna utilidad obtendría con la titularidad de un - Derecho de propiedad sobre su Isla, puesto que no habría persona alguna que pudiera arrebatárselo. Bastaría la presencia de otra persona para que, - inmediatamente, tuviesen que llevar a cabo la partición de la isla, o sea, la división del Derecho. (3).

(2) KARL ENGISCH: Von Weltbild des Juristen.
Haidelberg, 1.950, págs. 27 y ss.

(3) MAX RADIN: The Law and Mr. Samith. Indianápolis, 1.938, págs. 1 y s.

En este sentido amplio que acabamos de trazar, es contemplada la relación jurídica por la mayoría de los autores. Así CASTAN dice: "no es otra cosa que una relación de la vida práctica, a la que el Derecho objetivo dá significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos" (4). En este mismo sentido se manifiesta DIEZ-PICAZO al decir: "Relación jurídica es toda situación que en la vida social se establece entre dos o más personas" (5). Y en un sentido más expresivo, el profesor JOSE BELTRAN DE HEREDIA, en sus lecciones de Derecho civil, repetía: "Una relación, pues, de la vida real, protegida y regulada por el ordenamiento jurídico, que le dá significado en Derecho y le atribuye virtualidad o eficacia". De estos conceptos expresados, deducimos los elementos integrantes de la relación jurídica: se destaca, en primer lugar, un presupuesto de hecho - la relación social de la vida real-; y en segundo lugar, un presupuesto de derecho, en virtud del cual la relación social adquiere sentido jurídico. El ordenamiento jurídico regula la conducta de los

(4) CASTAN TOBEÑAS: Derecho civil español, común y foral. T. I, vol. 2º. Madrid 1971, pág. 3.

(5) DIEZ-PICAZO: Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Madrid, 1972, pág. 49.

respectivos sujetos, determinando, a un tiempo, las posiciones que cada uno ocupa en la relación, estableciéndose, por otro lado, la correlación entre poder (derecho subjetivo) y deber (deber jurídico). En este mismo aspecto general, el referido profesor CASTAN señala también dos elementos, a los que denomina material y formal. El primero "constituído por el presupuesto de hecho o relación social apta para la regulación jurídica". Y el segundo, "constituído por la determinación de la ley o consecuencia jurídica, que recae sobre la relación de hecho, y que puede tener un contenido diverso. Ordinariamente el contenido de las relaciones jurídicas se manifiesta en facultades de poder y deberes correlativos, o sea, situaciones presididas por el concepto de exigencia; facultad de exigir en uno y sometimiento a dicha exigencia en otro, o lo que es lo mismo, derechos subjetivos y deberes jurídicos (6).

Ahora bien, no todas las relaciones sociales llegan a alcanzar la categoría de relaciones jurídicas, sino solamente aquellas que son dignas

(6) CASTAN: Derecho civil..., cit., pág. 5.

de tutela en la vida y necesidades de protección adecuada, o sea, un hecho en condiciones de ser regulado por el Derecho y no esté, además, protegido por algún otro poder.

De todo lo que se acaba de exponer, se deduce que la estructura orgánica de la relación jurídica está integrada por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) SUBJETIVO: En toda relación jurídica ha de haber una pluralidad de sujetos, pues si hubiese uno solo no podría establecerse la relación, ya que faltaría uno de los lados de la misma. Estos se sitúan en las posiciones de sujeto activo y sujeto pasivo. El primero como titular del poder - derecho subjetivo - facultado por el ordenamiento jurídico - Derecho objetivo - para exigir del sujeto pasivo un comportamiento determinado conforme con el fin por el que se ha constituido la relación. El sujeto pasivo es el sometido a aquella exigencia del sujeto activo, o sea, el que tiene el deber jurídico correlativo al poder jurídico. Es decir, sujeto activo y sujeto pasivo se contraponen y, a un mismo tiempo, se comunican como ocupantes de los lados opuestos del

mismo vínculo o relación, en comunidad de destino, que es el objetivo que justifica la necesidad de la relación. En igual sentido, se contraponen y son correlativos el derecho subjetivo y el deber jurídico.

b) Objetivo: No es un elemento material, sino aquello - entidad, objeto - a que tienden las voluntades de los sujetos y que justifica la existencia de la relación jurídica, como se indicaba anteriormente. Es el punto de referencia del poder del sujeto activo y del deber jurídico del sujeto pasivo.

c) Contenido: Constituye el elemento funcional o dinámico dentro de la estructura de la relación jurídica. Está referido al tipo de comportamiento de los sujetos que sirve para caracterizar la naturaleza de la relación y clasificar las distintas variedades de relaciones que se pueden establecer: patrimoniales, personales o familiares; simples o complejas.

Hasta aquí, los elementos referidos solo configuran una relación jurídica en sentido abstracto. Solo nos muestran la idea de relación. Por ello, y junto a dichos elementos, hay que contemplar un ingrediente más, al que denominamos elemento de concreción.

d) Elemento de concreción: Consiste en la presencia de un hecho jurídico real (hecho, acto, negocio jurídico), en virtud del cual se nos presenta ya una relación jurídica determinada, individualizada.

De la contemplación de todos y cada uno de estos elementos que estructuran la relación jurídica, se deducen las diversas clases que pueden hacerse de la misma: por los sujetos, por el objeto, por el contenido. Si el poder de exigir del sujeto activo vá dirigido a la generalidad indeterminada en la posición del sujeto pasivo, obtenemos las relaciones jurídicas absolutas (derechos de la personalidad, derechos reales). Si, por el contrario, su poder jurídico encamina la exigibilidad a sujetos determinados, se obtienen relaciones jurídicas relativas (derechos de crédito). O dicho de otro modo, volviendo la oración por pasiva: Si el deber jurídico se encuentra en la generalidad de las personas frente a otra, serán relaciones absolutas; si, dicho deber jurídico se encuentra en persona o personas determinadas, resultarán relaciones relativas.

Todo esto significa el tránsito de una parte general del Derecho civil al estudio de una parte especial. En este caso concreto, al estudio de la relación jurídica obligatoria que, como - acabamos de ver, está comprendida en el amplio campo de la relación jurídica, como una de sus clases, como una variedad específica de la misma.

Y en tocando a este punto, hemos de manifestar que no es misión nuestra establecer las diferencias entre estos derechos: de crédito o de obligación por un lado y reales por otro, así como señalar sus analogías, sobre todo cuando, como en el caso que nos ocupará, tendremos que atender al aspecto patrimonial de la relación obligatoria, a su contenido como bien económico. Como ha dicho un autor, "la distinción entre derechos reales y los llamados derechos de créditos es, como muchos autores han puesto ya de relieve, una distinción insuficiente en el actual derecho positivo. No se trata de dos círculos tangentes o separados, sino de círculos secantes entre los cuales, por consi- guiente, existe una zona común" (7). Nos basta con

- - - - -

(7) DIEZ-PICAZO: Fundamentos..., cit., pág. 63.

saber que la relación obligatoria existe, que es una manifestación bien diferenciada de la relación jurídica y que, por tanto, podemos aplicar sobre la misma un doble análisis: orgánico y funcional, a fin de situar sobre el primero la idea de vínculo entre dos sujetos, y en el segundo el aspecto patrimonial de la obligación, la idea de un bien económico en el patrimonio del acreedor como ingrediente del fenómeno transmisor de las obligaciones y, concretamente, en su aspecto pasivo de transmisibilidad de deuda, es decir, el contrato de asunción de deuda, que es el objetivo de este estudio.

Por otra parte, si el objeto de nuestro estudio es, como decimos, el conocimiento de un negocio jurídico, por virtud del cual se produce la sustitución de un deudor por otro dentro de una misma relación obligatoria de manera tal que ésta no se altere sustancialmente, que no se quiebre por ello el vínculo y por ende no se ocasione la extinción de la obligación, consideramos - que es de todo punto conveniente y no meramente superfluo, examinar, previamente, aunque solo sea de pasada, el concepto de obligación; máxime, si

tenemos en cuenta, como después veremos, que la transmisibilidad subjetiva pasiva es el resultado de un largo y radical proceso de evolución del concepto de obligación. La transmisibilidad, o sea, la aptitud de la obligación de saltar de un sujeto en otro, ha seguido un proceso histórico de realizaciones paralelamente al mismo proceso que ha seguido el concepto de obligación. Buena prueba de ello es que, al ocuparse del problema de la cesión de los contratos, GARCIA-AMIGO, se vé precisado a analizar, como presupuesto previo, el concepto de relación obligatoria y dice al respecto: "limitando nuestro exámen ahora solamente a la relación crédito-deuda o relación obligatoria, nos importa aclarar qué sea ésta, en qué se sustancia este vínculo. Ello ha sido y es discutido doctrinalmente; y desde luego ha variado al compás de la historia y de la evolución de las ideas morales, toda vez que el concepto de obligación implica una relación social de sometimiento de una persona, de su actividad a otra persona. Y por antonomasia el Derecho tiene la difícil misión de asegurar la realización de esa vinculación, de proteger al acreedor la posibilidad de exigir jurídicamente la prestación debida por el

deudor. Y cuando decimos jurídicamente, queremos significar que la existencia lleva todas las garantías que el Derecho presta a una relación social. Estas garantías han variado históricamente, espiritualizándose; haciendo cambiar el concepto mismo de obligación" (8).

Del mismo modo, otros muchos autores, al pretender analizar un problema concreto que se relaciona con la obligación misma, han tropezado con igual dificultad y han tenido, por ello, que partir ineludiblemente del análisis previo, más o menos extenso de la estructura ya orgánica, ya funcional de la relación jurídica obligatoria, como presupuesto o premisa que hay que dejar por sentados. Y es cierto, que de la mayor o menor evolución que el presupuesto fáctico haya tenido, sobre el que ha de tener aplicación el ordenamiento jurídico, regulando y sancionando esas situaciones sociales, es de donde han de deducirse las acepciones que alteran en más o en menos el con-

(8) GARCIA-AMIGO: La cesión de contratos en el Derecho español. Madrid 1964, pág. 37.

cepto propio de la obligación, desde su aspecto estático más acentuado a algo más fluído o cambiabile, desde lo más subjetivo o personalista a lo objetivo y económico, desde un rigor clásico y tradicional a un aspecto más flexible, funcional y práctico. Las diferentes acepciones del concepto de obligación y la historia de dicha obligación aparecen hermanadas, por lo que podemos decir que el concepto de obligación no es solo un resultado de la especulación filosófica que nos daría la idea de obligación en sentido abstracto, como modelo al que hay que ajustarse, sino que junto a este producto del pensamiento hay que colocar también el resultado de un razonamiento empírico, la realidad concreta en cada uno de los momentos históricos por los que la figura se ha ido deslizando. Y lo que antes no era o no pudo ser, hoy, en cambio es, porque ha sido posible, y es una realidad tremendamente generalizada.

Sabemos que la característica de los tiempos actuales es el rápido proceso de evolución de

las relaciones o estructuras sociales, o, dicho de modo más preciso, de los contenidos socio-económicos de las relaciones jurídicas; y, por supuesto, dentro o en el marco de éstas, las relaciones jurídicas obligatorias, y, más aún, todo aquello que es expresión de un contenido patrimonial. Cuando algo se pretende definir y por fin se define, nos encontramos con que la definición dada se ha quedado anticuada. Aquello que se pretendía definir, ha escapado a su propia definición: La estructura social actual está sometida a un proceso de evolución uniformemente acelerado. De aquí uno de los supuestos de crisis de las estructuras sociales: donde lo dinámico se opone a lo estático; donde el Derecho positivo llega a regular situaciones que ya pertenecen al pasado. No otro significado tiene la expresión "tráfico jurídico".

El profesor J. BELTRAN DE HEREDIA, en monografía el problema concreto relativo al cumplimiento de las obligaciones, tuvo, también, que utilizar como sistema, el pasar de lo general a lo particular, y dijo en una de sus páginas: "El problema del contenido de la obligación está íntimamen-

te ligado con el del concepto que se tenga de ésta" (9); y por ello, relacionaba a continuación las fases históricas en que el concepto de obligación se había desenvuelto. En el mismo sentido, ALONSO PEREZ, al tratar una cuestión tan concreta como es el estudio de la complejidad del riesgo, referido, además, a una relación jurídica obligatoria determinada, cual es el contrato de compra-venta, se vé forzado, nada menos, que a dedicar un buen número de páginas al "concepto de crédito, deuda o relación obligatoria", como él mismo enuncia (10).

Y de un modo más especial, CLEMENTE DE DIEGO, que aborda de modo directo la problemática de la transmisión de las obligaciones, tanto desde el lado activo, como del pasivo, hace previamente una disección de la relación jurídica obligatoria, tanto en su aspecto orgánico como en el lado funcional, con un alarde que revela los extraordinarios conocimientos romanistas que posee el autor, empezando por anunciarnos en la Introducción de su monografía que "Todos los derechos subjetivos y por

- - - - -

(9) BELTRAN DE HEREDIA, José: El cumplimiento de las obligaciones. Madrid, 1956, pág. 20.

(10) ALONSO PEREZ, Mariano: El riesgo en el contrato de compraventa. Madrid, 1972, págs. 28 y ss.

ende las relaciones jurídicas en que se desenvuelven, tienen una parte estática y otra dinámica, y en tales respectos pueden y deben ser examinados: si tienen estructura, y sirven para algo ejerciendo funciones de vida, claro es que la atención ha de fijarse en ambos aspectos, anatómico y fisiológico, para seguir el lenguaje de Yhering" (11).

(11) CLEMENTE DE DIEGO: Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera; La transmisibilidad de las obligaciones. Madrid, 1912, pág. 5.

CAPITULO SEGUNDO

La obligación como relación jurídica entre dos personas: lado activo o acreedor y lado pasivo o deudor. Análisis estructural. Idea de vínculo.

De los elementos que componen la estructura orgánica de la obligación, es el "vinculum iuris", como hilo de comunicación entre un acreedor y un deudor, el que hará o no posible la tésis de la transmisibilidad de la obligación, lo cual dependerá de la concepción más o menos estricta que - sobre el mismo se tenga. Es la configuración jurídica del vínculo, a modo de estribillo, tema principal en la evolución del concepto de obligación. Desde la formación del vínculo hasta una concepción tradicional o clásica y desde ésta hasta un proceso más moderno de despersonalización del mismo, para desembocar, finalmente, en una acepción más objetiva, en un contenido socio-económico de su elemento prestación, constituyen las diferentes etapas por las que ha de pasar la obligación

para llegar a hacerse posible la transmisibilidad de la misma sin trauma alguno. A la transmisión "mortis causa" sucederá la transmisión "inter vivos", a la universal la particular y, dentro de esta última, a la activa o del acreedor sucederá la pasiva o del deudor. La asunción de deudas será el último escalón en la dinámica de la obligación y, sobre todo, como expresión contractual de sucesión de deudores en una misma relación - obligatoria, sin producirse la extinción de la obligación, sin tortura para el "vínculo".

Esta configuración jurídica del vínculo, no aparece como definida en el Derecho romano, sino hasta JUSTINIANO: "obligatio est iuris vinculum quo neccessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura" (12). Pero esta definición justiniana marca toda una gran evolución, o sea, este aspecto vinculatorio de carácter jurídico en la obligación, fué el resultado de un largo proceso de evolución del concep-

- - - - -

(12) Instituciones. 3,13.

to mismo. Por ello, ha habido un autor que, al introducirse en la cuestión de la transmisibilidad de las obligaciones, tuvo que exponer una serie de consideraciones en torno a esta evolución, haciéndolo, por supuesto, magistralmente; "No se crea, sin embargo, que la noción de obligación como vínculo represente el punto de partida de la - evolución de este concepto. Nada menos cierto que eso; lejos de ser punto de arranque es, a su vez, término de un largo desarrollo anterior. Aunque no nos sea lícito tratar por extenso esta materia, nos creemos con el deber de dibujar sus rasgos capitales. La idea de vínculo es un concepto abstracto, inaccesible a las primeras edades de la humanidad", y así, sigue diciendo; "En el primitivo Derecho romano no existía el concepto abstracto de obligación; era incompatible con el materialismo del antiguo Derecho, con la pobreza de sus relaciones, de sus nombres, de sus nociones; el caudal jurídico antiguo era escaso, y no se elevaba mucho más allá de las expresiones concretas y sencillas en que se formulaba y exteriorizaba". "Precisamente la obligación - sigue diciendo el mismo autor-, por el lugar importante que ocupa en el comercio jurídico, exige un estado de civilización relati-

vamente muy adelantado, pertenece a una época en que las relaciones de asuntos se multiplican, y en que el dinero, la moneda, viene a ser el elemento normal de las transacciones"(13).

Por todo ello, es difícil precisar el momento histórico en que aparece en la vida real la obligación. Decía un autor de Derecho político, "La historia termina cuando faltan las huellas" (14), o lo que es lo mismo, cuando encontramos la primera huella, podemos asegurar que ha transcurrido ya un largo proceso histórico que desconocemos. Pues si desde un primitivo Derecho romano hasta hoy, la obligación ha experimentado profundas transformaciones conceptuales, es evidente - que la obligación es, además, un concepto histórico.

Ni es, ni puede ser objeto de nuestro estudio, investigar en las fuentes más primitivas del Derecho romano, en un Derecho embrionario, la idea de obligación, para deducir, después, una tesis

- - - - -

(13) CLEMENTE DE DIEGO: Transmisión de las obligaciones..., cit., págs 64 y ss.

(14) POSADA, Adolfo: Tratado de Derecho político, T. I, 5ª ed., Madrid, 1935, pág. 140.

acabada en torno a la misma. Pero sí consideramos conveniente plasmar una idea esencial, aunque resumida, de la misma, a fin de resaltar los contrastes de las diferentes concepciones, de las distintas regulaciones jurídicas en torno a dicha figura, para poder comprender el grave problema de su dinamismo o inmovilismo jurídico ante el problema concreto de la transmisibilidad o no transmisibilidad de todo o parte de su elemento subjetivo, y, aún de forma más exacta, del elemento deuda.

Originariamente, la obligación no tenía parecido alguno con el sentido moderno y actual de relación jurídica, pues "mientras la más antigua relación de crédito y deuda nace del mútuo o préstamo de consumo, es decir, la entrega de dinero o cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género o calidad -tantundem-" (15), por el contrario la obligatio surge como especie de garantía real, pero sobre una persona -el obligatus- a virtud de un vínculo muy específico, llamado nexum, figura ésta por la que el obligatus queda encadenado,

- - - - -

(15) J. IGLESIAS; Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado. 6ª ed. Barcelona, 1.972, pág. 371.

"vinculado", obligado en sentido material.

Es copiosísima la doctrina romanística en torno a la figura del nexum (16). J. IGLESIAS, siguiendo a ARANGIO-RUIZ (17), agrupa en dos las teorías formuladas: "a) el nexum es un contrato de mútuo, celebrado mediante los ritos del per aes et libram agere y cuya eficacia ejecutiva reside en la propia publicidad que informa el acto, o bien la fórmula solemne de la damnatio -o de la nuncupatio- que el acreedor pronuncia frente al deudor en el momento de la transferencia; b) el nexum es una dación de responsabilidad, una mancipación fiduciaria o automancipación condicionada" (18). En

-
- (16) Además de en las obras generales, puede verse en las siguientes: HUSCHKE: "Über das / Recht des Nexum", Leipzig, 1864. MITTEIS : "Über das Nexum", en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Abt. (Weimar), 22 (1901), págs. 96 y ss. Id. 25 (1904), págs. 282 y ss. Id. Römisches Privatrecht. 1, Leipzig, 1908, págs. 136 y ss. PELUGUER: Nexum und Mancipium, 1908. LUZZATTO: Per un'ipotesi sulle origini e la natura dell' obbligazioni romane. Milan, 1.934. BERETTA: L'esecuzione contro il debitore ed il nexum. Udine, WESTRUP: Notes sur la sponsio et le nexum dans l'ancien droit romain. Copenhague, 1947. SACHONBAUER: Mancipium und nexum, en IVRA, Nápoles 1.950, págs. 300 y ss.
- 17) ARANGIO-RUIZ: Instituzioni di diritto romano 14ª ed., Nápoles 1.960, pág. 286 y ss.
- 18) J. IGLESIAS: Derecho romano..., cit. pág. 371 y ss. y Nota. 7.

el primer sentido se expresó HUNSCHKE, pues calificó el nexum como acto público, dotado de la fuerza ejecutiva propia de la manus iniectio. En el segundo sentido, MITTEIS, como una automancipación con funciones de garantía (19).

Obligado y deudor propiamente dicho, no coincidían en principio en el primitivo Derecho romano. Eran dos relaciones distintas, con dos sujetos pasivos también distintos, incluso con orígenes diferentes. Mientras la una - debere o debitum nacía de una simple promesa o de un pacto, y no era, además, exigible, sino que su realización o cumplimiento quedaba a merced de la voluntad del propio deudor, el obligatus, en cambio, surgía a virtud del nexum, y sobre él, sobre su propia persona (corpus) se realizaba, se ejecutaba la relación anterior, para el supuesto de incumplimiento de la misma por el verdadero y propio deudor. Es decir, el obligatus surgía al vínculum, como garante personalísimo del deudor y el acreedor estaba facultado para poder ejercitar

- - - - -

(19) Vid. J. IGLESIAS, o.c., pág. 371. Nota 8.

sobre el obligatus, sobre el nexi, la más terrible de las acciones, la llamada manus iniectio. A consecuencia del ejercicio de esta acción, el acreedor tenía pleno poder, de naturaleza material y física, sobre la persona del obligatus : podía encadenarlo, venderlo como esclavo trans Tiberim y, en último extremo, matarlo.

Estas dos figuras, debere y obligatio, se paradas en principio, hasta el extremo de que podía darse la una sin la otra, con elementos causales distintos y de consecuencias o efectos jurídicos-materiales diferentes, acabaron por fusionarse desde el instante mismo en que el propio deudor añade a su promesa el nexum. Deudor y nexi, deudor y obligatus, acaban por fundirse en una sola persona. Y así, en principio, se puede decir que toda obligación es un vínculo físico por el que una persona -deudor- queda sujeta a otra -acreedor- . La única garantía que ampara la efectividad de la obligatio, es la propia persona del deudor -intuitu personae-, pues el nexum representa una auténtica automancipación.

Parece ser que, junto a la institución del nexum, y en convivencia con ella, existía otra figura de funciones similares, solo que más idealizada; nos estamos refiriendo a la sponsio. La sponsio consistía en una promesa solemne que hacía el fiador al acreedor y no el deudor mismo (20). Por consiguiente, al igual que sucedía con el nexum, el sponsor es el obligatus y no el deudor. Y lo mismo que sucedió con aquella institución, llegó un momento en que el propio deudor contrae la responsabilidad de su propio incumplimiento, asumiendo el sponsor. Mas, si a primera vista parecen instituciones idénticas, existen, sin embargo, sensibles diferencias: A) En primer lugar, la sponsio parece que fué una institución creada como privilegio para las clases sociales más acomodadas, mientras que el nexum quedaba re

(20) Sobre el origen de la sponsio, como institución paralela al nexum, véanse las obras de los romanistas siguientes: MITTEIS: Römische Privatrecht, cit., 1, págs. 266 y ss. ARANGIO-RUIZ: Instituzioni..., cit., págs. 286 y 325. DE FRANCISCI: Storia del diritto romano. 1, Milán, 1.940, págs. 391 y ss. DE MARTINO: Studi sulle garanzie personali. II. In torno alla storia della sponsio. Nápoles 1.938, págs. 21 y ss. BIONDI: Contratto e "stipulatio". Milán, 1.953, págs. 280 y ss. ARANGIO-RUIZ: Sponsio e "stipulatio" nella terminología romana. en BIDR, 1962, págs. 193 y ss.

ducido a las clases inferiores, a las relaciones obligacionales entre patricios, como acreedores y plebeyos, como deudores. B) Y, por lo mismo que se acaba de indicar, el nexum era una vinculación o encadenamiento personal de acreedor sobre deudor a semejanza de un derecho real, sumisión al poder del acreedor (manus), mientras la sponsio consistía en una responsabilidad subsidiaria para el supuesto caso de incumplimiento de la relación acreedor-deudor que, al decir de J.IGLESIAS, tiene el alto valor que una vieja civilización - atribuye a la palabra dada" (21). Lo primero es una atadura corporal, lo segundo es el compromiso a una declaración, el respeto a la palabra dada. Pero lo verdaderamente importante es que, tanto por la fórmula del nexum como por la de la sponsio, se llega a la fusión del debitum o debere con la obligatio originaria, dando como resultado una relación jurídica entre dos únicos sujetos: acreedor y deudor y un sólo vínculo de unión, aunque de naturaleza material, corporal, física, que aún está muy lejos de ser un verdadero y propio vínculo jurídico.

- - - - -

(21) J.IGLESIAS: Derecho rom...., cit. págs. 373 y ss.

Por otra parte, y andando el tiempo, la unión física entre acreedor y deudor, se vá espiritualizando, se vá idealizando a través de - conflictos de carácter social que hacen necesaria la evolución del Derecho por medio de disposiciones legales determinadas: Lex Julia, lex Vallia y, sobre todo, lex Poetelia. Ahora bien, la causa eficiente de los conflictos surgidos en el plano real, histórico, fué principalmente el nexum y no así la sponsio, pues aquel, por - constituir una soberanía absoluta de acreedor sobre deudor, un poder erga omnes, dominio de una clase social sobre otra, así como la prodigalidad de estas situaciones que se multiplicaron hasta producir una agitación social, engendrando uno de los capítulos de la historia de Roma referido a las luchas entre patricios y - plebeyos, o como dice ARANGIO-RUIZ, "Otro problema de gran relieve político fué el relativo a la cruel ejecución personal a la que se exponían los deudores, a consecuencia de la manus iniectio y de la consideración de servidumbre temporal en que se encontraba quien se hubiese sometido al nexum" (22).

- - - - -
(22) ARANGIO-RUIZ: Historia del Derecho romano. 3ª ed., Madrid, 1974, Trad. de la 2ª ed. italiana por el Dr. PELSMAEKER, pág. 165.

Pero la evolución del concepto de obligación hacia una acepción más jurídica, hacia la transformación del vínculo material en vínculo jurídico, no fué causada, como parece, por un hecho insólito, sino como resultado de la concurrencia de diversas causas tendentes a un mismo fin, entre las cuales podemos destacar las siguientes: las ya referidas luchas de clases, la proliferación de las situaciones de nexi y, sobre todo, la multiplicación del tráfico jurídico con la aparición del dinero, de la moneda, como instrumento de cambio que agiliza las transacciones. Todo este complejo de causas, al incidir sobre el Derecho existente, impulsan su evolución y acaban por configurar el vínculo, cambiando su aspecto físico por un verdadero y propio vínculo jurídico. "La tradición anticipa - decía ARANGIO-RUIZ comentando las consecuencias de la Lex Poetelia- a propósito de esta ley, lo que sólo fué el resultado de una larga evolución posterior, cuando afirma que disponía: pecuniae creditae bona debitoris, nos corpus obnoxium esse" (23).

- - - - -

(23) ARANGIO-RUIZ: Historia del....., cit. pág. 165.

Aunque de forma un tanto embrionaria, puede encontrarse un leve camino hacia la configuración jurídica del vínculo, en los llamados actos fiduciarios confirmados por stipulatio. En el acto fiduciario la realización de la obligación está fundamentalmente basada en la lealtad del deudor, o lo que es lo mismo, se exigía del deudor un acto de voluntad, una actividad concreta, un determinado comportamiento. Viene a significar la sustitución de la servidumbre del cuerpo por la servidumbre de la voluntad. Sigue existiendo, por tanto, una sujeción, aunque de sentido espiritual y no físico. Ahora bien, todo esto no llega a alcanzar valor jurídico en tanto no sea sancionado, más que por una mera estipulación, por una verdadera ley, sanción que alcanzó el día en que la lex Julia reconoció y dió vida dentro del ordenamiento jurídico a la stipulatio, que era, a su vez, la forma más genérica y extensiva de contratar y, por tanto, de obligarse. En virtud de la lex Julia se sustituye el derecho o facultad de encadenar al deudor y se dá paso al obrar del mismo por decisión de su voluntad: al mismo tiempo amplía el campo de acción del Derecho de obligacioo

nes a aquellos actos sociales que tenían por objeto una dación, un hacer o un "non facere".

Pese a todo esto, podemos decir que es uná-nime el criterio de los romanistas, en conside-rar que el verdadero paso hacia la configuración jurídica del vínculo, es dado por la lex Poetelia Papiria (año 326 a. de C.). Autores como KUNTZE, encuentran en ella el concepto moderno de obliga-ción (24). En virtud de esta ley, se lleva a ca-bo la abolición del nexum: surge la responsabili-dad y ésta salta de la persona física (corpus) - del deudor, a sus propios bienes, lo que está re-cogido en la frase "pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset". O sea, los bie-nes y no el cuerpo del deudor constituyen la garantía de la obligación. Y en el supuesto de insolvencia económica de éste, o si bien no seña-lare bienes que garantizasen el cumplimiento de la obligación, la familia del deudor saldrá ga-rante prestando sus servicios al acreedor hasta que la deuda fuere satisfecha (adictio). Como di

- - - - -

(24) KUNTZE: Die obligatio im römischen und heuti-gen Recht. págs. 27 y ss.

ce DE DIEGO, "Grande es la diferencia y el contraste que ofrece uno y otro concepto; de un estado de encadenamiento material pasó a ser un vínculo moral: el poder del acreedor, de un poder físico sobre el cuerpo del deudor, se convirtió en un imperio sobre la voluntad, la garantía de la obligación no estaba ya solo en la persona, sino principalmente en el patrimonio del deudor. Y, por consiguiente, las vías de ejecución del crédito, que en principio conducían a la persona del deudor, buscaron luego el patrimonio del mismo y solo excepcionalmente a la persona" (25). No obstante, y como decíamos anteriormente, si bien la ley Poetelia señala un cambio, no por ello puede afirmarse que la nueva concepción fuera producto exclusivo de ella, sino de otras varias causas que se producen a lo largo de un proceso de evolución histórico.

Ahora bien, si queremos señalar una fecha, un momento histórico determinado o un acontecimiento concreto, es indudable que fué el año 326

(25) CLEMENTE DE DIEGO: Transmisión de las..., cit., págs. 74 y s.

a. de C. el que marcó el tránsito de la obligación en el campo del Derecho positivo, desde un concepto puramente formalista a un concepto o contenido más patrimonial. Esta concepción es la que, a través de varios siglos de evolución, aparece contenida en la definición de JUSTINIANO, como señalábamos al principio: "vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura".

De acuerdo con la observación que hace el profesor J. BELTRAN DE HEREDIA, se puede decir que "aunque se mantiene la idea de sujeción de la persona, se distinguen de un lado, el objeto, y de otro, la sanción de la obligación. Y tiene, por tanto, el doble carácter de vínculo sobre la persona y sobre su patrimonio", todo ello referido a la repercusión que la referida ley Poetelia representó para el Derecho. Y respecto a la definición contenida en las Instituciones de JUSTINIANO, el citado profesor observa, "sin embargo no es sobre la persona como - entidad física, sino sobre su voluntad, para - que cumpla lo que debe. Es decir, comienza a - propriadamente, y en sentido jurídico, un verdade

ro deber de prestación" (26).

No obstante esto, lo importante, y en orden al contenido de nuestro estudio, es comprobar si en estos conceptos primarios de la obligación de contenido vinculatorio y personalista, es o no posible la función de la transmisión subjetiva de la obligación.

Si hasta la ley Poetelia Papiria de nexi, el elemento vinculatorio de la obligación suponía una sujeción material y física sobre la persona misma del deudor; si sólo éste, era el único que podía dar cumplimiento a la exigencia del acreedor, automancipándose al constituirse en deudor, y, el acreedor, para el supuesto de incumplimiento, tenía sobre él la más terrible de las acciones, semejante a la derivada de un derecho real: la manus iniectio, es evidente que la persona del deudor jamás podía ser sustituida por otra alguna, tanto a virtud de "actos inter vivos", como de "actos mortis causa". Si de hecho llegaba en algún caso a operarse una sustitución, lo que realmente

- - - - -
(26) J. BELTRAN DE HEREDIA: El cumplimiento de las..., cit., págs. 21 y s.

había ocurrido era la desaparición de la relación jurídica, creándose otra nueva que viene a reemplazarla. Es decir, no una sustitución de sujetos, sino una sustitución de relaciones jurídicas. Operación que se conoce con el nombre de "novación".

Pese a la alteración más o menos esencial que para el concepto de obligación supuso la ley Poetelia y que posteriormente se define en Justiniano, el vínculo jurídico sigue siendo una sujeción de la persona como elemento vital de la relación obligatoria, por lo que no es posible jurídicamente, y mientras así sea, llevar a efecto una transmisión pasiva - de la deuda - sin que ésta deje de ser la misma, sin que ésta se destruya, es decir, sin dar lugar a su extinción. Así lo comprende también DIEZ-PICAZO, cuando dice: " En virtud de este carácter personal que la obligación tiene, ocurre que la misma solamente puede subsistir siempre que no haya variación de sus - términos personales. De este perfil de la obligación como vínculo personal se deriva su originaria intransmisibilidad, tanto desde el lado activo como desde el lado pasivo y lo mismo intervi-

vos como por causa de muerte. La colocación de otra persona en el vínculo obligatorio hace que la obligación sea ya algo distinto. Por consiguiente, ello solo puede ser conseguido a través de una extinción de la primitiva obligación y de la creación de otra nueva (novación). El carácter personal de la obligatio romana impide la transferencia tanto de los créditos como de las deudas" (27).

Este mismo acento personalista de la obligación identificada con el vínculo jurídico de la concepción romana, es hecho notar por otros autores: "Con todo, el vínculo obligatorio en la fase romana, se caracteriza por ser, fundamentalmente, personalista; es decir, que la principal nota de la relación obligatoria es que liga a dos titulares, hallándose en segundo término los patrimonios de los mismos" (28).

La acepción subjetiva del Derecho romano, es recibida en el Derecho moderno a principios

(27) DIEZ-PICAZO: Fundamentos..., cit., pág. 325.

(28) RODRIGUEZ-ARIAS: Derecho de obligaciones., Madrid, 1.965, pág. 24.

del siglo XIX, influyendo en la Codificación; primero en la francesa, por obra principalmente de POTHIERs y en los demás códigos que en ella se inspiraron. En Alemania es recibida fundamentalmente a través de la Escuela Histórica y fué FEDERICO-CARLOS SAVIGNY, su máximo exponente, el que, partiendo de su concepto del Derecho subjetivo, resalta en el concepto de obligación el elemento vinculatorio, dando lugar a la llamada teoría clásica, designada también con los calificativos de romanista, personalista y subjetiva. Por ello, este autor define la obligación como "señorío del acreedor sobre un acto singular del deudor" (29), y de un modo más completo, "las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado (singular) de otra persona, se llama obligación" (30), o sea, a diferencia de la concepción romana pura en que la total libertad del deudor estaba sometida al dominio del acreedor, en SAVIGNY se especifica, que el acreedor únicamente constriñe,

(29) SAVIGNY: Traité des obligations. I, págs. 418 y ss. También en la versión italiana de Pacchioni: Le obbligazioni. Torino 1912, págs. 4 y ss.

(30) SAVIGNY: Sistema de Derecho romano actual. trad. de J. Mesía y M. Poley. Madrid 1.878, pág. 227.

somete parte de la libertad de su deudor; solo aquella parte de su libertad que esté referida al acto concreto que se obligó a cumplir. Pese a esta diferencia, que es cuantitativa, lo esencial de la teoría es la identificación de la obligación con la idea de vínculo, cuya identificación proclama como un principio dogmático, (31).

Esta teoría subjetiva tuvo una enorme difusión e influyó grandemente en la codificación, pasando a formar parte del contenido de los Códigos Civiles de tipo latino. Entre ellos, el Código civil español no podía ser una excepción, por lo que sigue, decididamente, este sistema subjetivo de entender la obligación. El vínculo jurídico es una relación extríctamente personalizada entre un acreedor y un deudor. Así puede deducirse de la simple lectura de los artículos 1.094, 1.101, 1.102, 1.103, 1.104, 1.105 y 1.107 de nuestro Código civil, pues todos ellos están referidos a la conducta o actividad del deudor frente a su

- - - - -
(31) ALONSO PEREZ, M.: El riesgo..., cit., págs. 30 y s.

acreedor, y nada más que a su deudor y no a otro, actos que constituyen, por supuesto, su deber de prestación; pues, incluso hasta la calificación del caso fortuito aparece dimanante de dos elementos subjetivos de la persona del obligado: el conocimiento y la voluntad, pues no otra cosa pueden significar los términos "imprevisto" e "inevitable".

En este sistema personalista que entraña la concepción savignyana, el cumplimiento de la obligación, como dice J.BELTRAN DE HEREDIA, "no podrá ser más que el realizado por el deudor, quedando excluidos del verdadero cumplimiento tanto el supuesto de realización de la prestación por un tercero como el llevado a cabo mediante el procedimiento de la ejecución forzosa, puesto que ninguno de los dos supone verdadera actuación por parte del deudor. En ambos casos se lograría simplemente la realización del derecho del acreedor, cosa que, según esta concepción, no es suficiente, en cuanto que se requiere que sea el propio deudor quien actúe el contenido de la obligación" (32).

- - - - -

(32) J.BELTRAN DE HEREDIA: El cumplimiento..., cit., págs. 23 y s.

CAPITULO TERCERO

La obligación como bien en el patrimonio del
acreedor:

- 1.- Análisis funcional.
- 2.- Fenómeno general transmisor de las obligaciones.

1. Análisis funcional:

La doctrina clásica o tradicional, inaugurada con SAVIGNY, originó una serie de reacciones o críticas contra la misma que obligaron, incluso a sus seguidores, a rectificar en parte su primera formulación. Así, el propio PUCHTA, discípulo de aquél, concebía el derecho del acreedor, más que como un señorío sobre la voluntad del deudor, como un poder de dominación, pero sobre los propios actos de dicho deudor. Se consideraba que - la voluntad del hombre, como atributo de su espíritu, es esencial y, por tanto, no puede ser objeto del dominio de otra persona; todo señorío sobre la voluntad de otro sería una acción lesiva a la naturaleza humana. La voluntad libre del hombre es, por consiguiente, incoercible.

"La discusión doctrinal sobre este punto de la estructura jurídica de las relaciones obligatorias tomó tales vuelos, moviéndose excesivamente en el campo de las abstracciones... Todo en ella, fué sometido a crítica y controversia: el objeto, el contenido, el fin, el concepto y definición de esta relación jurídica. Se discutió si ésta tiene o no propiamente su objeto; si teniendo un objeto propio, éste era el deudor mismo en su persona, o su voluntad o su actividad, o la - prestación, o el resultado de la prestación; se discutió si intercede entre personas o entre personalidades patrimoniales, o entre patrimonios; si mira más bien a lo porvenir que al presente, - creando un estado de tensión propio del vínculo que encierra; si en ella lo principal es la idea de fin o la de medio" (33).

Sin embargo, y como observa GIORGIANNI: "el problema de la estructura de la obligación fué, por decirlo así, inaugurada cuando la doctrina tradicional fué sometida, algún año después de su primera y más clara formulación, a críticas

- - - - -
(33) DE DIEGO: La transmisión..., cit. págs.

demoledoras, dirigidas a poner en claro sus puntos débiles. Así se ha asistido a un doble fenómeno. Por un lado, una importante corriente doctrinal, con diversas formulaciones, ha intentado trasladar el punto de apoyo de la relación obligatoria del aspecto personal (deber del deudor) al aspecto patrimonial (resultado económico) de éste, llegando hasta trasladar el objeto del señorío del acreedor de la persona del deudor (en que lo situaba la formulación de la doctrina tradicional antes recordada) al patrimonio del mismo" (34).

Como reacción, por consiguiente, a los postulados de la doctrina clásica o romanista, surge la teoría objetiva o patrimonialista de la obligación.

Las características más destacadas o esenciales de la doctrina objetiva son: el deudor tiene, más que un deber de prestación, una responsabilidad patrimonial. La prestación es considerada en sí misma, como un bien patrimonial.

(34) GIORGIANNI: La obligación. Trad. del italiano de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona, 1956, pág. 145.

La obligación no atenderá a la persona del deudor -su voluntad-, ni tampoco a los actos determinados del mismo -determinado comportamiento-, (según expresión de SAVIGNY y PUCHTA, respectivamente), sino que la obligación consistirá, fundamentalmente, en el propio patrimonio adherido a la persona. Como dice el ya referido profesor J. BELTRAN DE HEREDIA: "Cumplir la obligación, en este caso... consistirá en... que el bien debido, se convierta en bien recibido" (35). O, como dice DE DIEGO: "Apreciada en conjunto la evolución del concepto de obligación, nos presenta dos polos o extremos. En el uno es mirada la obligación bajo el aspecto de un vínculo entre dos personas determinadas; en el otro es considerada del lado de su objeto, de su contenido, con precisión de los sujetos del vínculo. Allá lo esencial de la obligación es la relación ligadora de los dos determinados sujetos; acá todo el peso de la obligación está en el objeto, y en tal concepto no es otra cosa sino un elemento del patrimonio; beneficio para el acreedor y valor activo de su patrimonio. Aquella concepción es la característi-

(35) BELTRAN DE HEREDIA, J.: El cumplimiento..., cit., pág. 24.

ca del derecho antiguo, ésta del moderno" (36).

Pese a todo esto, se puede decir que no existe una formulación concorde entre todos los autores que constituyen la exuberante gama de la teoría objetiva. Si bien existe un denominador común, consistente, fundamentalmente, en la despersonalización del vínculo jurídico, hay, sin embargo, una diversificación de matices que diferencian, dentro de esta teoría, unas formulaciones de otras. Sería inacabable la lista de autores que se alinean dentro de esta teoría. Como decía el autor italiano antes citado, "Sería demasiado largo exponer, aunque fuera sumariamente, las diversas soluciones que la doctrina ha dado al problema. Se puede decir, en efecto, sin temor a exagerar, que las soluciones han sido tantas como los escritores que se han ocupado de la cuesción" (37). Así, este autor, señala las siguientes diferenciaciones, a título de muestra: Como valor realizable sobre el patrimonio del deudor (KOPPEN); como un bien debido (BETTI, CARNELUTTI,

(36) DE DIEGO: La transmisión..., cit., pág. 64.

(37) GIORGIANA: La obligación, cit., pág. 145.

NICOLO); como una relación entre dos patrimonios (POLACCO); como derecho real de garantía (ROCCO); como debitum y obligatio, deuda y responsabilidad en que se descompone el lado pasivo (SCHULD y HAF-TUNG, en terminología alemana), teoría ésta que, iniciada por Von AMIRA sobre el derecho sueco y germánico, y por BRINZ en el Derecho romano, fué muy difundida después por varios autores (PACCHIO NI, CORNIL y MARCHI) (38).

Es a partir de BRINZ cuando se desencadena esta enorme proliferación de doctrinas anticlási cas, dentro de lo que se llama teoría objetiva, pues todas, en mayor o menor grado intentan la despersonalización del vínculo jurídico, trasla dándolo de las personas a sus patrimonios, operán dose una "subrogación de valores -persona física por personalidad económica-, pero subsistiendo - la idea esencial de vinculación o ligamen" (39), que, a pesar de todo, no llega a perderse por completo. Contra la teoría clásica, como dice DE

(38) GIORGIANNI: La obligación, cit. pág. 147

(39) ALONSO PEREZ: El riesgo..., cit. pág. 32

DIEGO, "No dejó de tener, sin embargo, contradictores. Entre ellos, el más formidable fué BRINZ, apoyándose, no ya solo en consideraciones tomadas del Derecho romano, sino en la naturaleza transitoria y libre de las acciones humanas (no dejaban de serlo por proceder del deudor), que las hacía de todo en todo inadecuadas para soportar aquel dominio del acreedor, en que se hacía consistir la obligación. SHOM (40), parte del derecho de crédito, y le dá como contenido el deber del deudor; el Derecho de crédito, es el derecho a una extraña, libre, futura acción de valor patrimonial, es el derecho de que una determinada persona (deudor) obre; la obligación no es una subordinación del deudor, pues que éste sigue siendo tan libre como antes de la obligación, y el acreedor no puede por sí tomar medios coactivos que fuercen a aquel a cumplir lo que debe (esto es, atribución del Estado a instancia del acreedor); la obligación crea en Derecho romano una minoración, no de la libertad del deudor, sino única-

(40) SOHM: Historia e instituciones del Derecho privado romano. Trad. española de la España Moderna, págs. 418 y s, 485 y s.

mente de su patrimonio. Contrapone la obligación al Derecho real, cuya esencia consiste en el auto dominio, en ejercer uno mismo actos de dominio so bre las cosas (Selbstherrschaft)" (41).

Estas teorías, han sido desenvueltas no solo por autores alemanes, sino franceses, italianos, españoles. Se puede decir que no hay autor de Derecho que, al rozar de algún modo el concepto de obligación, no haga una exposición más o menos - sucinta de estas tendencias. Así, entre nosotros, y a título de ejemplo, GARCIA-AMIGO, nos muestra una clasificación atendiendo al grado de alejamiento del momento personal del crédito que, llenando de menos a más, hace una triple reagrupación:

a) Como facultad alternativa consistente en que el deudor puede elegir entre cumplir voluntariamente su deber de prestación o permitir que el acreedor se satisfaga judicialmente en sus bienes (42).

b) Como derecho real: ya sobre el conjunto de

- - - - -

(41) DE DIEGO: Transmisión..., cit. pág. 89 y s.

(42) BRUNETTI: Norme e regole finale nel Diritto.

los bienes del deudor (ROCCO) (43), ya como derecho de prenda que tiene por objeto el patrimonio del deudor (JALLU) (44), ya como derecho real, pero sobre un bien indeterminado del patrimonio del propio deudor (ZIEBAHRT) (45) y (GAZIN) (46), ya como un "ius ad rem" de naturaleza particular (GAUDEMET) (47), ya considerando que el interés del acreedor en vez de recaer sobre la persona del deudor o sobre su actividad, lo hace sobre el bien debido (PUGLIATTI)(48) y NICOLO (49), ya se considere como únicamente jurídico la acción del acreedor para ejecutar el bien debido o el resarcimiento del "id quod interest" (PACCHIONI) (50).

- - - - -

(43) Il fallimento. Teoría generale ed stórica.

(44) Essai critique sur l'idee de continuation de le fenomenes.

(45) Realexecution und die obligation.

(46) Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine clasique.

(47) Etude sur le transport des dettes a titre particulier.

(48) Esecizione forzata e diritto sostanziale.

(49) L'adempimento dell'obligo altrui.

(50) Tratatto de diritto civile.

c) Finalmente, la posición más extrema, sos
tenida por POLACCO (51) que, prescinde totalmente
del elemento subjetivo, definiendo la obligaci
ción como vínculo entre dos patrimonios como per
sonalidades abstractas" (52).

- - - - -

(51) Dazioni in pagamento. Padova, 1.888. Espe-
cialmente en pag. 184.

(52) GARCIA-AMIGO: La cesión..., cit., págs. 40
y s. y Nota 13.

2.- Fenómeno general transmisor de las obligaciones.

Hasta aquí el análisis de la relación obligatoria, tanto en su estructura orgánica (idea de vínculo), como en su estructura funcional (elemento patrimonial), ajustándonos, a un tiempo, a su proceso histórico. Y todo ello para llegar a establecer los presupuestos de conocimiento necesarios y previos, a fin de hallar la justificación jurídica del llamado fenómeno transmisor de las obligaciones, como aquella aptitud que la misma posee de poder pasar de un sujeto a otro sin menoscabo de su esencia misma.

Este fenómeno, se menciona con dos términos sinónimos: transmisión y sucesión. Son dos términos de análoga significación etimológica, pero que, a veces, trasladados al campo del Derecho, pueden presentar diferencia de matices que, en esta tarea, no es propósito examinar. La transmisión se fija en el derecho mismo, la sucesión contempla

a los sujetos de la relación. La transmisión indica la acción del sujeto que hace pasar su derecho a otro que lo adquiere. La sucesión es la acción de sustituirse los sujetos en la titularidad del derecho. En la transmisión se indica el transporte del derecho, en la sucesión el derecho permanece en reposo y son los sujetos los que se mueven ocupando uno la vacante que el otro deja. En definitiva, lo que nos interesa es saber que se produce un cambio subjetivo en la titularidad de una relación obligatoria y que ésta permanece esencialmente la misma.

Por consiguiente, la transmisibilidad de las obligaciones, no es otra cosa, sino la aptitud de un derecho de ser derivado de un sujeto a otro. DE DIEGO la define : "La transmisibilidad de las obligaciones, consiste en la aptitud de las mismas para ser derivadas en otros sujetos distintos, sin perjuicio de su esencia o ser de la relación misma, la cual permanece una y la misma, antes como después de la transmisión" (53). O sea, que la transmisión lleva implícita una sucesión: susti-

- - - - -

(53) DE DIEGO: Transmisión..., cit. págs. 123 y s.

tución de personas e inalterabilidad de la relación.

Esta definición responde a una concepción moderna de transmisibilidad. Existen dos concepciones distintas: Una, clásica, que dice que lo que se transmite no es el derecho, sino la cosa misma sobre que éste recae, y, por consiguiente, el que adquiere la cosa hace resurgir en ella un derecho igual al derecho que el transmitente tenía sobre la cosa transmitida. Otra, moderna, - que lo que se transmite es el derecho mismo, y, en cambio, por ello se adquiere la cosa sobre - que éste recae.

Ambas concepciones dominaron y dominan el derecho de obligaciones. La primera, o clásica, es propia de un Derecho menos progresivo, más primitivo, adecuado a concepciones más materializadas y menos abstractas. Puede presumirse un antecedente de la misma en el Derecho romano, en las figuras de la in jure cessio, la mancipatio y, sobre todo, la traditio, por lo que uno pierde la cosa porque la entrega a otro, la transmite. La segunda concepción es propia de legislaciones mo

dernas, más espiritualizadas, más abstractas; tiene su nacimiento en el hecho de la objetivación del derecho de obligaciones, que hace que dicho derecho pueda derivarse de un sujeto a otro, como un bien sustantivo, como un objeto de tráfico jurídico.

En líneas generales podemos decir que el fenómeno transmisor de las obligaciones ha seguido, históricamente, una evolución paralela al concepto mismo de obligación que culmina con la sucesión en el elemento subjetivo pasivo, o lo que es lo mismo, en la sustitución de los deudores.

La sucesión universal precede a la singular, la de créditos a la de deudas. El proceso de evolución, hasta llegar a la sucesión en las deudas o transmisión pasiva de la obligación, está integrado por un orden determinado: a) Transmisión - mortis causa de créditos y deudas. b) Transmisión inter vivos de créditos. c) Transmisión inter vivos de deudas.

En el Derecho romano de la época clásica, créditos y deudas pasan al heredero en su conjunto, "Hereditas nihil aliud est quam successio in

universum ius quod defunctus habuerit" (54). "El heredero se subroga en el lugar del antecesor frente a todas sus relaciones jurídicas, a excepción de aquéllas que se extinguen con su muerte" (55). O, como dice CASTAN: "la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra" (56).

Aquí aparece la nota de transmisibilidad de determinados bienes y derechos, cualidad que se ha de mantener hasta los tiempos actuales como requisito esencial para que tanto los créditos como las deudas sean susceptibles de transmisión. Caso contrario, estaríamos en presencia de los - derechos personalísimos y de aquellos otros que, bien por su propia naturaleza, bien por imperio de la ley o bien por voluntad de las partes son constituidos con el carácter de intuitu personae.

La mayoría de los romanistas atribuyen a las DOCE TABLAS la prioridad en la regulación de la

(54) D. 40-17-62

(55) DE DIEGO: Transmisión..., cit., pág. 151.

(56) CASTAN: Derecho civil..., cit. 6ª edic., Madrid, 1.944. T. IV, pág. 146.

successio mortis causa in universum ius, basándose en alguno de los textos de las Colecciones de JUSTINIANO (57).

Sin embargo, y a este propósito, CLEMENTE DE DIEGO, con gran acierto, hace las siguientes observaciones, por las que pone en tela de juicio el origen de la transmisión universal mortis causa, al decir que si "patrimonio significó entre los antiguos romanos los bienes corporales pertenecientes al jefe de familia, con excepción de los créditos", quiere decirse que hubo una época en que no se concebía el patrimonio "como conjunto de elementos activos y pasivos", por lo que, por tanto, créditos, y sobre todo deudas, no se transmitían in universum ius. Por lo que acaba por concluir, basándose en un texto de Gayo (Com. II, 83) "que hubo una época en que los créditos se transmitían por muerte, pero no las deudas, algunas de ellas las resultantes de contratos y actos fiduciarios". "Entre la transmisibilidad de créditos y la de las

(57) D. 10-2-25, 9. C. 3-36-6. Y C. 4-16-7.

deudas mortis causa debió correr bastante tiempo, pues en el intervalo había perdido su utilidad primitiva la arrogación y la manus" (58). Finalmente, y fijándose precisamente en el gran paso dado hacia la patrimonialidad de la obligación a través de la promulgación de la ley Poetelia Papiria, así como en la repercusión que esta nueva configuración jurídica de la obligatio debió tener en la hereditas romana, concluye el autor referido, que la transmisión de créditos mortis causa debió tener lugar entre los siglos V y VI. Y que bastante tiempo después se admitió la transmisión de las - deudas, momento histórico que fija entre los años 639, fecha de la autorización de Drusus y el 666, fecha de la Ley Cornelia, a título de conjetura (59).

Ahora bien, lo que menos importa es determinar la fecha exacta de la transmisión universal mortis causa tanto de créditos como de deudas. Es

(58) En estas reflexiones, DE DIEGO sigue al autor francés CUQ: Les institutions juridiques des Romains. 2 vols. Paris, 1.940.

(59) DE DIEGO: Transmisión..., cit., págs. 156 y ss.

te es un problema que corresponde a los historiadores del Derecho romano. Para nosotros, lo importante es determinar el contenido, la razón de ser, !por fín!, de esta transmisibilidad de los derechos de obligaciones, como acto universal.

Si la relación obligatoria en el Derecho romano tenía -como hemos dejado hecho mérito en el capítulo 1º de esta parte de nuestro estudio, en el análisis del concepto de obligación-, un marcado carácter personalista, un vínculo jurídico de naturaleza personal muy acusada e indisoluble, es evidente que resultaba contradictorio que pudiera admitirse de cualquier manera la transmisibilidad de las titularidades de una persona -el causante, auctor o de cuius- a otra -el heredero o sucesor-. El Derecho romano, que sintió la necesidad de estas transmisiones, buscó soluciones que solo pudo encontrarlas en una ficción jurídica: considerar al heredero como continuador de la personalidad del difunto, a través de cuya consideración ya no se rompía la naturaleza personalista de la relación jurídica obligatoria. No otra cosa viene a significar el texto de JUSTINIANO: "Nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam hece-

dis et eius qui in eum transmittit hereditatem", (60). Como dice DE DIEGO: "El hecho significado, es el traspaso de todo un mundo de relaciones -las sostenidas por el difunto, que formando parte de su patrimonio no se extinguen con su muerte-, es la sucesión universal, así denominada porque se funda en un título universal y tiene por objeto una universalidad de relaciones jurídicas: el patrimonio o una cuota o parte de él" (61). La transmisibilidad de las deudas se justifica en un doble aspecto: criterio subjetivo, "El heres sucede en la familia, se coloca en la posición jurídica que ocupaba el difunto parterfamilias. El heredero ha-bet familiam y, consiguientemente, asume las deudas". Bajo un criterio objetivo, "la hereditas" en cuanto universitas, se identifica con el patrimo-nium, y se concibe la responsabilidad por las deudas como una consecuencia de la adquisición de éste" (62), aún cuando para los clásicos, el patrimonio -bona- es el que resulta una vez deducidas las deudas (63).

(60) Nov. 48, pr.

(61) DE DIEGO: Transmisión..., cit., pág. 152, Nota 1.

(62) J. IGLESIAS: Derecho romano., cit. págs. 603 y s.

(63) D. 50, 16, 39, 1.

Si la transmisibilidad de los derechos -créditos, deudas- se logra en el Derecho romano a través de una ficción del derecho, no tiene explicación que no pudiera realizarse su transmisibilidad a título singular. Si el vínculo jurídico, núcleo central de la relación obligatoria en el Derecho romano, es de naturaleza personalista y por ello no puede verificarse sucesión de los sujetos sin que este vínculo se quiebre, menos se explica pueda producirse la sucesión en las relaciones del difunto por una razón mucho más personalista, cual era su propia personalidad. Personalidad es sinónimo de capacidad y ésta es tan esencial a la persona que, lógicamente debe desaparecer con la muerte de dicha persona.

Una segunda fase de la evolución está, como decíamos, en la transmisión inter vivos de los créditos. Y así como en la successio in universum ius defuncti, se recurrió a la ficción de considerar al heredero un continuador de la personalidad de dicho difunto, no ocurrió lo mismo respecto a la transmisión "inter vivos". También sintieron su necesidad, pero lograban los mismos efectos que con una transmisión gracias a la extendida figura de la novación. Los resultados, si bien eran simi

lares, no eran totalmente idénticos, ya que por novación no se transmitían los beneficios del crédito, sus garantías. Por otra parte, presentaba ciertas dificultades, sobre todo en su origen, ya que la cesión del crédito tenían que realizarla a través de la cessio actionum por virtud de la cual el cesionario tenía que intervenir en el ejercicio de la misma como un procurator in rem suam, por lo que su situación era lógicamente precaria y hubo necesidad de protegerlo mediante la institución de la denunciatio a fin de que al deudor no le fuera lícito pagar al acreedor primitivo. Fué un modo de transmisión del crédito, pero lleno de complejidades, por cuanto no se transmitía el crédito como un bien sustantivo del acreedor.

Finalmente, la última fase de la evolución se produce el día en que, por fin, se alcanza la transmisión pasiva de la obligación, la sucesión de la deuda, sin menoscabo de la relación obligatoria, que sigue permaneniendo una y la misma. Y esto sucede, cuando el vinculum iuris se despersonaliza y cuando el elemento patrimonial u objetivo de la obligación pasa a ocupar un plano preterente.

Por ello, debido a la evolución que el con-

cepto de obligación adquiere a raíz de las teorías objetivas, creemos que es el momento en que pueda justificarse la transmisibilidad de las relaciones obligatorias sin menoscabo del vínculo que une a los sujetos de las mismas.

DIEZ PICAZO resume las consecuencias de este procedimiento evolutivo, del modo siguiente:

1º. La obligación pierde en gran parte su original tipicidad y comienza a admitirse cualquier tipo de convenio. Se abre así paso el llamado principio espiritualista en contraposición al antiguo o formalista.

2º. La evolución ya iniciada en el propio Derecho romano trasladando la esfera de la responsabilidad por deudas de la persona al patrimonio, se acentúa decisivamente. La ejecución forzosa sobre el patrimonio, se convierte primero en la forma normal de la realización de la responsabilidad, y, finalmente, suprimida la prisión por deudas, el patrimonio constituye el único soporte del poder de realización por el acreedor de su interés.

3º. Por último, se produce una clara patri-

monialización y comercialización de la obligación. La obligación no será ya tanto un vínculo entre dos personas, como un instrumento de obtención de fines económicos. Esta patrimonialización conducirá a admitir la transferencia de los créditos y de las deudas y la posibilidad de crear obligaciones valiéndose de otra persona (64).

En resumidas cuentas, podemos decir que el fundamento de este fenómeno transmisor de la obligación está en la nueva concepción de la obligación misma: de un lado, la despersonalización del elemento subjetivo; de otro lado, el protagonismo del elemento objetivo o patrimonial. Solo aquellas obligaciones en que el patrimonio es intrascendente y en que los sujetos son trascendentales, no son susceptibles de transmisión, son de natural intransmisibles.

Sin embargo, este protagonismo que representa el elemento patrimonio no nos debe conducir a conclusiones exageradas, a considerar que la obligación ha de ser una relación entre patrimonios,

(64) DIEZ PICAZO: Fundamentos..., cit., págs. 325 y s.

al decir de POLACCO (65), pues los sujetos son, quiérase o no, elementos indispensables en cualquier relación, y el Derecho se crea y existe por y para ellos. Como observa RUGGIERO, "Muy diferente, por mucho más amplia, es la concepción del Derecho moderno: es quizás este punto en que la moderna obligación difiere más de la romana. Desaparecido el prejuicio de que la relación obligatoria no puede, sin destruirse, sufrir mutación alguna en las personas; la doctrina moderna aprecia en la obligación y considera elemento esencial de ésta, su contenido patrimonial: y frente a este cometido, las personas del acreedor y del deudor si bien son elementos indispensables en la relación, carecen (con mucha frecuencia por lo menos), de una importancia definitiva en orden a su individualidad personal. En otros términos: que el deudor y el acreedor deben existir para que surja la relación obligatoria, es indiscutible; pero no es cierto que ambos deban ser siempre las mismas personas que crearon originariamente la relación (66). O como observa DE DIEGO, a propósito de

- - - - -
(65) POLACCO: Dazioni in pagamento. Pádova, 1.888.

(66) RUGGIERO: Instituciones..., cit. págs. 187 y s.

la evolución del concepto de obligación, dentro del Derecho romano, "Hemos visto que el Derecho romano vino perfeccionando el concepto de la obligación a través de la ley Silia, de la Poetelia, de la Vallia: Rutilo Rufo, al idear la ejecución en los bienes del deudor respondía a esa marcha progresiva. Respondiendo a la misma idea, había de llegar un tiempo en que a la máxima "la persona debe a la persona", había de sustituirse la de "es el patrimonio el que debe al patrimonio". La obligación dejó de mirarse como un derecho sobre la persona, para ser considerada como un derecho sobre los bienes"(67).

La patrimonialidad de la obligación por un lado y la despersonalización del vínculo por otro, adquieren su plenitud el día en que desapareció de las legislaciones, el apremio personal, o sea, la prisión por deudas; cuando solo es el patrimonio del deudor el basamento material de su responsabilidad. La mayor o menor garantía para el acreedor está ahora en la mayor o menor solvencia del deudor, y la solvencia de éste debe ser entendida

- - - - -

(67) DE DIEGO: Transmisión..., cit., pág. 83.

"como aptitud del patrimonio para cumplir" (68).

En nuestro Derecho civil español y con la promulgación del Código civil, se institucionaliza la nueva concepción patrimonialista de la obligación, y con sentido económico ilimitado, dado los términos en que aparece el artículo - 1.911, "del cumplimiento de sus obligaciones - responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". La prisión por deudas que venía aplicándose a lo largo de nuestro Derecho histórico, permanece aún en el Proyecto de Código civil de 1.851, pues su artículo 1.920 seguía respondiendo a las viejas concepciones de constreñimiento de la libertad del deudor, al decir "no queda sujeto al apremio personal sino en los casos y con los efectos determinados por la ley", estableciendo, como subsidiario, un sistema de prisión por deudas.

La expresión patrimonialista del artículo 1.911 de una parte y la proclamación del imperio, de la sobería de la voluntad del artículo 1.255, que proclama la libertad de pactos, por otro, vie-

- - - - -

(68) DIEZ PICAZO: Fundamentos..., cit., pág. 377

nen a constituir los dos grandes pilares que ha cen realizable la transmisibilidad de las deudas en nuestro Derecho civil español, sin menoscabo de la esencia misma de la relación jurídica obliga toria, que permanece, y sin tener, por tanto, que recurrir al artificio de la novación.

Esta concepción patrimonialista inunda nuestro Código civil y dá muestra de su presencia no sólo a través de la formulación amplia que se conti ene en el ya referido artículo 1.911, sino a través de otros artículos que establecen la legiti mación del acreedor en la esfera privada del deudor, cuando en las relaciones jurídicas propias de éste resulten consecuencias que, de algún modo, alteren su patrimonio en perjuicio del acreedor por disminución de la garantía económica, de su solvencia material. Son ejemplos claros: cuando el artículo 1.111 autoriza al acreedor a ejercita r la acción subrogatoria que corresponde a su deudor, por inhibición de éste; La acción de resci sión de los contratos celebrados por el deudor en fraude y perjuicio económico del acreedor, confor ma al número 3º del artículo 1.291, así como la de impugnar, en general, cualquier acto del

deudor realizado en fraude del derecho del acreedor (artículo 1.111, in fine); intervenir en la disolución y liquidación de las sociedades en las que su deudor es copartícipe, por cuanto que estos actos se registrarán por las reglas de las particiones hereditarias a que nos remite el artículo 1.708, y por lo mismo, intervenir en las particiones de herencia, cuando su deudor tenga la calidad de heredero (artículo 1.083), como en el caso de que el propio causante hubiere sido el deudor (artículos 1.082 y 1.084); de igual manera se justifica el que el acreedor sea parte en la actio communi dividundo que corresponde a su deudor partícipe; oponiéndose, incluso, a que se verifique la división de la cosa sin su concurso (artículo 403). También la Ley de Enjuiciamiento civil, concede legitimación al acreedor para promover el juicio testamentario o el abintestato a fin de obtener del heredero el pago de su crédito, bien en virtud de su condición de deudor del acreedor-actor, bien con fundamento en la relación crediticia de éste con el causante de la herencia (artículos 973 y 1.036 de la L.E.c.).

- 70 -

PARTE II

LA ASUNCION DE DEUDA

CAPITULO PRIMERO

Su concepto.

Prescindiendo de la regulación que la asun
ción de deuda tiene dentro de las legislaciones
tanto extranjeras como española, hemos de hacer
notar que es un hecho de la vida real la existenu
cia de esta institución y , por tanto, un hecho
real de la vida jurídica que se viene produciendo
con bastante frecuencia. Hecho este que interesa
sobre manera a los sujetos de las relaciones
jurídicas obligatorias, por cuanto que constituye
un medio idóneo de agilización de las mismas en
pro de una economía y, favorece, desde luego, la
dinámica patrimonial de todo un derecho de obliu
gaciones.

Por consiguiente, la existencia real de la
asunción de deuda, su cada día mayor frecuencia,

responde a la doble finalidad de la sociedad mo
derna: favorecer las transacciones en el constan
te tráfico comercial entre los sujetos como miem
bros del cuerpo social y beneficiar la economía
con el consiguiente ahorro de trámites, compleji
dades de estructuras rígidas, así como sus efec
tos y consecuencias.

Por ello, podemos decir, aunque sin preci-
sión cronológica, que es una institución relati
vamente moderna que aparece al tiempo y junto al
gran desenvolvimiento de las transacciones comer
ciales, posiblemente como una consecuencia de és
tas, con una necesidad creada y que es necesario
darle cumplida satisfacción. Tal vez por esta ra
zón no se descubra en el viejo Derecho romano la
institución de la sucesión pasiva en la obliga-
ción, independientemente de la dificultad de su
estructura funcional. Con esto, sin embargo, tam
poco se pretende afirmar que se prescinda de la
técnica romanista más perfecta, sino que por el
contrario, con frecuencia es preciso buscar sus
formas y desenvolvimiento, en sistemas de Derecho
romano, como aplicabilidad de unos conocimientos
adquiridos y bien madurados. Pero en su esencia

más interna, en su auténtico núcleo, en su propia sustantividad conceptual, es vanal todo esfuerzo comparativo con instituciones romanas, que solo - pudieron ser afines, pero que jamás llegaron a - constituir la figura que hoy nos ocupa dentro de sus propios contornos que la delimitan y perfilan. Hasta el punto que, en algunas legislaciones actuales, aún no se regula y tenemos que estudiarla como un ejemplo de negocio jurídico obligatorio o - patrimonial de carácter atípico. Legislaciones que no la admiten ni la desconocen, pero que sin embargo deambula, como un hijo natural, con posibilidad de ser legitimada o reconocida.

Con carácter retrospectivo, a todo lo más - que podemos llegar, es a buscar meros antecedentes de lo que a partir de mediados del siglo XIX, había de ser esta institución. Siendo, por tanto, más perfecta y acabada su regulación, cuanto más tardíamente apareciera el proceso de codificación. Incluso contemplamos, cómo fué admitida y regulada plenamente con posterioridad a dicho proceso, como consecuencia de reformas más o menos parciales, como el Código italiano de 1.942 y de modo más perfecto, en el Código civil portugués de 25 de Noviembre de 1.966, amén de algunos Códigos

hispano-americanos. De aquí, la crítica de que son objeto los Códigos en algunas ocasiones, por la ausencia de una clara y bien acabada regulación legal en determinados supuestos de institucionalización y tipificación de situaciones jurídicas que andan ya funcionando por la vida, como una necesidad social que pretenden cubrir. Porque "la vida muestra la necesidad, la práctica ensaya los remedios y suministra los resultados, la doctrina hace surgir la idea y el principio que los justifica, y la legislación los consagra cuando por una y otra están bien depurados".(1)

Etimológicamente, el sustantivo asunción procede del latín assumptio - onis, que significa acción y efecto de asumir, del verbo assumêre, compuesto de sumêre y reforzado por el prefijo ad, tomar y a, que se traduce por atraer a sí, tomar para sí.

En este sentido etimológico, podemos definir la asunción como el acto en virtud del cual

- - - - -

(1) DE DIEGO: Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones. Madrid 1.912, pág. 337.

una persona atrae o toma para sí una cosa o derecho que no tenía. De aquí la denominación amplia de "asunto" con que se denomina a cualquier objeto tomado.

En la terminología alemana se conoce con el nombre de Übernahme, que al referirse a la sucesión en las deudas se transforma en Schuldübernahme, que se traduce al castellano por asunción de deuda. O sea, si el objeto que se asume es la deuda de una relación obligatoria, la asunción de dicha deuda significará el acto por el cual una persona atrae o toma para sí la deuda perteneciente a otra persona.

Esta asunción de deuda se viene analizando en la doctrina jurídica con las expresiones de transmisión de deuda, transferencia de deuda, sucesión en la deuda, sustitución de deudores, modificación subjetiva de la obligación por cambio de deudor, o sea, modificación subjetiva pasiva, etc.,. El Código civil español, como veremos más adelante, si bien no regula esta institución, no por ello la ignora, y lo poco que en el mismo hay, entendemos que es bastante aprovechable y, sobre

todo, que no nos queda otro remedio que el de elaborar la materia prima que el mismo nos proporciona. Su característica más peculiar, es su propia originalidad, mencionando la sucesión en la deuda, con la frase "novación modificativa", Expresión ésta, que ha sido objeto de crítica por los autores que de algún modo se han ocupado de esta institución, pues dá la sensación de que solo responde a una poco afortunada filiación de nuestro Código civil a las instituciones romanas, concretamente a la novación en el aspecto terminológico, pues en el conceptual no solamente es dispar, sino, como veremos en su momento oportuno, es antagónico. Lo cual revela, por otra parte, que el Código no ignoraba la evolución que ya, en la época de la codificación, se hacía sentir respecto al nuevo concepto patrimonialista de la obligación.

Son ya múltiples las definiciones plasmadas por los autores del derecho en sus obras más o menos especializadas. Unos aportan definiciones amplias, otros restringidas en cuanto al contenido, ya figurando una sola forma de llevarse a cabo la asunción de la deuda, o bien resaltando una

de sus características más esenciales, tal vez por sus efectos o consecuencias, o bien comprendiendo diferentes clases de asunción, o ampliando el efecto normal de ésta para comprender en ella figuras más o menos similares.

Así, ENNECCERUS, con carácter amplio y comprendiendo lo definido en la propia definición, la define como "el contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en el lugar del hasta entonces deudor" (2), o bien, resaltando una característica propia del derecho alemán, la de los contratos abstractos: "es un contrato abstracto, ya se concluya entre el que asume la deuda y el acreedor, o ya, con consentimiento del acreedor, entre el que asume la obligación y el deudor" (3), en cuya definición nos muestra dos variedades o formas de realización de un mismo contrato.

Otro alemán, OERTMANN, bajo el título de - transferencia de deuda, dice: "es la introducción

- - - - -

- (2) ENNECCERUS: Derecho de obligaciones. T. II, vol. 1º, 2ª ed. Barcelona 1954, de la obra Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, trad. del alemán por PEREZ GONZALEZ y ALGUER, pág. 410.
- (3) ENNECCERUS: Derecho de obligaciones, cit. T. II, vol. 1º, pág. 423.

de un nuevo deudor en la obligación ya existente, por virtud de un contrato o por imperio de la ley misma, ya sea en vez del antiguo deudor (asunción privativa o liberatoria) o al lado de él (transmisión cumulativa o incorporación del deudor). En uno y otro caso, la obligación sigue siendo la misma, objetivamente, no obstante el cambio subjetivo operado; la transferencia de deudas, al igual que la cesión de créditos, implica una verdadera sucesión". (4).

También en Italia, TRABUCCHI, fijándose en una de las formas que puede revestir el contrato de asunción de deuda, la define como "un contrato entre el deudor y un tercero destinado a producir eficacia dentro de la esfera jurídica de otra persona que es el acreedor". Llama al primitivo deudor "accollato", al nuevo deudor "accollante" y al acreedor "accollatario". (5).

En España, haciendo uso del término sucesión como más específico a los efectos de la asunción de deuda respecto a su casi homólogo de trans

(4) OERTMANN: Transmisión de las obligaciones. Trad. del alemán por W. ROCES, en R.D.P., t. X, 1.923, pág. 112.

(5) TRABUCCHI: Instituciones de Derecho civil. Trad. de la 15ª ed. italiana por Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA con notas y concordancias de Derecho español. T.II. Madrid 1967, pág. 101.

misión y explicando este fenómeno diferencial, dice RODRIGUEZ-ARIAS: "Todo fenómeno de transmisión canaliza y desemboca, en el actual estado de cultura jurídica, en el de la sucesión" y como quiera que "toda sucesión semeja e implica una mutación subjetiva...; y una identidad objetiva", deduce la siguiente definición: "la sucesión en la deuda, es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria", o dicho de forma aún más breve, "sustitución de un nuevo deudor al antiguo, sin hacer novación" (6).

Con lo cual nos aporta una definición de la asunción de deuda mirando ostensiblemente a lo que resulta, es decir, por sus efectos o consecuencias.

A este respecto, dice otro autor, ALBALADEJO: "la modificación de la obligación por cambio de deudor se designa con varias expresiones, co

- - - - -

(6) RODRIGUEZ-ARIAS: Derecho de obligaciones.
Madrid, 1965, págs. 337 y s.

mo transmisión de deuda, transmisión pasiva de la obligación, cesión o asunción (desde el punto de vista del que pasa a ser deudor) de deuda, etc." (7).

De forma breve, sin señalar formas o procedimientos de transmisión, sin referencia alguna a su naturaleza jurídica, sino fijándose únicamente en el resultado o consecuencia, esta institución aparece definida en PUIG-PENÁ en los términos siguientes: "consiste en la sustitución de la persona del deudor, sin modificar en nada la relación obligatoria" (8).

(7) ALBALADEJO: Derecho civil., 2ª edic. 1975, T. II, vol. 1º, pág. 279.

(8) PUIG-PENÁ: Derecho civil, Barcelona, 1956, T. III, vol. 1º, pág. 299.

CAPITULO SEGUNDO

Naturaleza jurídica:

1. Teoría de DELBRUCK
2. Teoría de la gestión de negocios ajenos.
3. Teoría de la oferta colectiva.

Como quiera que la sucesión en la deuda era un hecho real que nos presentaba la vida en el normal desarrollo de las relaciones sociales y, al mismo tiempo nos presentaba estos supuestos fácticos con repercusiones jurídicas, la doctrina del Derecho la recibió, la admitió y se afanaba en buscar múltiples justificaciones para introducirla, tipificarla e institucionalizarla en el ámbito del Derecho positivo. Productos de estas especulaciones doctrinales fueron una serie de teorías que se han ido elaborando en torno a la naturaleza jurídica de la llamada asunción de deuda. Teorías que, como siempre, criticándose unas a otras, resaltando sus mayores o menores imprecisiones, corrigiendo apreciaciones inestables,

han ido clasificando a los patrocinadores de las mismas, así como a cada uno de sus seguidores, reagrupándolos.

Todas, en mayor o menor grado, son aceptables y no pueden rechazarse de plano. Todas han arrojado alguna luz y, sobre todo, han acrecentado el saber sobre la estructura orgánica y el aspecto funcional de la obligación. Por consiguiente, la aceptación o el rechazo de las mismas no son, ni deben ser, de todo absoluto; pues, al contrario, aportan descubrimientos o hallazgos de interés que, por supuesto, son válidos y utilizables. Casi siempre la superabundancia de teorías o formulaciones sirven para clarificar una institución, acentuando, por ello, su nota de permanencia en el tiempo.

Por otra parte, y como quiera que el análisis de la naturaleza jurídica es siempre un proceso de elaboración en el que, en definitiva, se pretende:

1º.- Reafirmar la existencia de la figura objeto del análisis.

2º.- Encasillarla dentro de unos tipos pre-

existentes, para, por último,

3º. Institucionalizarla.

Es evidente que las teofías vienen, lógicamente, y por todo lo expuesto, sucediéndose unas a otras, en un marco cronológico determinado. Y, como suele suceder siempre, la primera en aparecer, si bien no suele ser la más acertada, al menos tiene el privilegio de ser la pionera, la que despierta el afán colonizador de los estudiosos del Derecho.

No consideramos necesario hacer una enumeración de las diferentes teofías que, en orden a esta materia, se han formulado. Bástenos expresar, a título de ejemplo, el mismo interrogatorio que, a este propósito, se aplicaba GONZALEZ PALOMINO:

a) Si implica una novación en el sentido de SALPIUS y su escuela.

b) Si es un contrato a favor de tercero, como creyó nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de Junio de 1.908.

c) Si podemos jugar con conceptos flexibles de delegación y expromisión.

d) Si se trata de una oferta colectiva.

e) Si es simplemente un negocio obligatorio,

sólo válido inter partes.

f) Si podemos conjugar el referido negocio obligatorio con las teorías de la disposición del derecho ajeno.

Termina dicho autor por declarar que se inclina por la teoría de la disposición del derecho ajeno, previa la frase de que "por que no te nemos nada, lo tenemos todo", refiriéndose a la ausencia de una regulación específica en nuestro Código Civil, a semejanza de oomo se hizo en el Código alemán (1).

(1) GONZALEZ PALOMINO: La adjudicación para pago de deudas. En Anales de la Academia Matritense del Notariado. T. I, págs. 225 y ss.

I. Teoría de DELBRÜCK: Esta teoría, llamada también de la separación crédito-deuda, fué formulada por el autor alemán DELBRÜCK (2).

Fué éste el primero en formular una teoría que diese justificación jurídica a lo que ya era una situación de hecho. Como dijo, a propósito de él, el profesor CLEMENTE DE DIEGO, "es un ensayo de conciliación entre la doctrina y la práctica

- - - - -

(2) DELBRÜCK: Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinen und preussischen Rechte. Berlín, 1.853.

alemanas en su tiempo, entre los principios romanos y la tradición germánica" (3).

Su obra aparece en 1.853. Precisamente tres años después de publicarse una interesante sentencia del Tribunal Supremo de Berlín, en la que se decía que la aceptación de deuda de otro creaba un vínculo contractual y producía efectos propios y peculiares. Es muy posible, y por eso aportamos este dato curioso, que el contenido de dicha sentencia inspirara al autor alemán la formulación de su teoría. Teoría que, por otra parte, si bien no determina la naturaleza jurídica de la institución de la asunción de deuda, sin embargo, la justifica.

Ya un año antes, aparece la obra de BRINZ (4), en la que al hacer el análisis de la estructura de la obligación, considerando ésta como institución de origen romano, manifiesta que existen dos elementos en el lado pasivo de dicha obli-

- - - - -
- (3) DE DIEGO: Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones. Madrid, pág. 337.
- (4) BRINZ: Grunhuts Zeitschrift. Desarrolla su teoría principalmente en sus obras Der begriff obligatio, 1.874 y Obligatio und Haftung, 1886.

gación, o sea, en la situación del deudor: die Schuld und das Haftung, que se traducen por la deuda y la responsabilidad, los cuales constituyen dos elementos totalmente autónomos, independientes.

Paralelamente, VON AMIRA (5), puso también de relieve la existencia de estos dos elementos en el lado pasivo de la obligación, en sus estudios del Derecho de obligaciones en los países germánicos del norte de Europa (6). Estas distinciones, mantenidas a lo largo del siglo XIX, influyeron, sin duda alguna, en la construcción del concepto de obligación (7) y fueron plasmadas en los Códigos a través de las tareas legislativas. En el Código civil español también se deja sentir esta influencia, como lo prueba la redacción de los artículos 1.088 y 1.911, pues mientras el primero señala el contenido de la deuda, la prestación como conducta atribuible, el segun

- - - - -
(5) VON AMIRA: Nordgermanisches Obligationen recht, 1.882-1.895.

(6) PLANITZ: Principios de Derecho privado germanico. Trad. española de MELON INFANTE, 1.957.

(7) HERNANDEZ-GIL, Antonio: Derecho de obligaciones, 1.960, págs. 77 y ss.

do artículo previene la responsabilidad de carácter patrimonial que funciona a partir del hecho del incumplimiento de la prestación por parte del obligado, y como un equivalente de la misma. En el derecho actual, esta distinción quedó desfasada, y, como dice DIEZ-PICAZO: "la distinción entre deuda y responsabilidad suministra unos datos conceptuales de gran utilidad para construir el concepto de obligación, pero no constituye dos relaciones o dos situaciones jurídicamente autónomas y distintas", y sigue diciendo: "la responsabilidad solo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo" (8).

La teoría del alemán DELBRÜCK, parte, sin duda, de un cúmulo de conocimientos adquiridos que sientan los pilares de sus propios postulados. Crédito y deuda de un lado, deuda y responsabilidad de otro lado, contenido patrimonialista de la prestación objeto de la obligación, y, sobre

(8) DIEZ-PICAZO: Fundamentos de Derecho civil patrimonial. 1.972. vol. 1º, pág. 345.

todo, establecer la separación de crédito y deuda como elementos totalmente autónomos de una - obligación, como parte activa y pasiva de un inventario de bienes. Solo así entiende que pueda transmitirse y alterarse uno de estos elementos, sin que por ello se transmita ni altere sustancialmente la obligación, como un ente unitario.

En resumen, dicha teoría se asienta, por tanto, en los siguientes razonamientos :

1º. El crédito de un lado y la deuda de - otro, son entidades jurídicas independientes entre sí.

2º. Tanto el crédito como la deuda tienen sustantividad propia, o sea, son también independientes de la personalidad de sus titulares, es decir, acreedor y deudor.

3º. El crédito y la deuda son bienes de un patrimonio, integrando el activo y el pasivo del mismo.

4º. La obligación es el vínculo, o sea, la relación puramente personal; el crédito y la deuda constituyen el producto de esa relación, su precipitado fijo y sólido. Hay, por consiguiente, un elemento subjetivo integrado por las personas

del acreedor y del deudor, y un elemento objetivo formado por una cosa: crédito y deuda.

Dado este carácter puramente patrimonialista de la deuda, ésta es considerada como una cosa y como tal, susceptible de enajenación, de transferencia, o lo que es lo mismo, posibilidad material de pasar de un patrimonio a otro.

En este sentido, la transmisión pasiva consistirá en el acto jurídico por el que la deuda pasa del patrimonio del deudor que la transfiere, al patrimonio de otra persona que la acepta, que la asume sobre sí. De este acto, surgen relaciones entre deudor y aceptante, entre deudor y acreedor y entre acreedor y aceptante.

Esta teoría de DELBRÜCK, si bien tuvo el interés de fomentar la investigación en busca de una justificación de derecho a la situación de hecho de la transmisión de deudas, fué totalmente rechazada por partir de una estructura absurda de la obligación. "Contradictorio es el principio y contradictorias son las consecuencias",

dice DE DIEGO (9).

La distinción entre obligación y deuda carece de base en la realidad, pues si bien puede estimarse que una obligación a efecto de análisis pueda dividirse en dos elementos: activo y pasivo, crédito y deuda, acreedor y deudor a sus titulares correspondientes, es contrario a la unidad conceptual que ambos elementos tengan existencia separada, totalmente autónoma. No pueden significar otra cosa, sino las dos caras de una misma moneda. Lo más que se puede hacer es contemplar independientemente, por separado, la una de la otra, lo cual, es expresión del sujeto que la contempla, pero no está en el interior del núcleo de la obligación misma. Todo lo más y con sentido objetivista, podemos considerar la deuda, pero en justa relación con el crédito, como un bien en el patrimonio del acreedor. Esa deuda, distinta de la obligación que la produce y circulando con independencia de ella, es, como dice KUNTZE, un fantasma creado por la especulación filosófica (10).

(9) DE DIEGO: La transmisión..., cit. pág. 246

(10) KUNTZE: Obligation und Singular sucesión, pág. 313.

A este propósito, DE DIEGO hace las siguientes observaciones a la teoría de DELBRÜCK: "1º, que el acto transmite la deuda, pero no afecta a la obligación misma, la cual, como vínculo, queda subsistente ligando al deudor primitivo con el acreedor, y en tal respecto no requiere la intervención de éste; y 2º, que por esto mismo, bien que la deuda pase de deudor en deudor, como la obligación subsiste en los propios términos, el antiguo deudor no queda liberado, y aún adquiriendo derecho para perseguir al transmisorio de la deuda, conserva libre su acción para dirigirse contra su primer deudor" (11).

Por nuestra parte, hemos de aclarar, que si, evidentemente, la deuda en la teoría de DELBRÜCK, tiene la calificación de cosa, con total independencia de la relación obligatoria entre un acreedor y un deudor, es evidente que la transferencia de la misma de un patrimonio a otro, no desvincula al deudor transmitente. Permanece la misma obligación aún con la misma identidad subjetiva. No hay cambio de deudor, no hay sustitución

- - - - -
(11) DE DIEGO: La transmisión..., cit. pág. 246 y s.

ción de deudores, no hay, por tanto, sucesión en la obligación.

En conclusión, ni se produce sucesión de deudores, liberándose el primitivo, sino todo lo más, acumulación subjetiva en el lado pasivo, o sea, añadir un deudor más a la misma obligación. Con lo cual, nada se ha conseguido.

2. Teoría de la gestión de negocios ajenos:

Despertado el interés sobre el estudio de la sucesión de deudores en la relación jurídica obligatoria, a consecuencia del interés preconizado por la obra de DELBRÜCK, aparece un gran autor del Derecho alemán, WINDSCHEID, que alumbró una nueva teoría para justificar la existencia ya fáctica de la asunción de deuda y su posibilidad jurídica, encuadrándola en uno de los aspectos de los nacientes cuasicontratos. Es la llamada teoría de la disposición de los derechos ajenos.

Primeramente, en 1.856, publica en DUSSELDORF, su obra primera (12), en la que, si bien no elabora la teoría a que nos vamos a referir, sin embargo, establece ya las bases para la misma, al oponerse a la tesis de su predecesor citado.

De un lado, dá sustantividad a la relación obligatoria al considerarla como algo independiente, sustantivo, que apenas tiene relación con la individualidad de los sujetos,

- - - - -

(12) WINDSCHEID: Die Actio des römischen Rechts von Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf, 1.856.

hasta el punto de conservar su integridad jurídica, pese a cualquier cambio o alteración de los sujetos de la misma, bien porque se produzca en el seno de la misma una sustitución de acreedores, bien una sustitución de deudores.

Proclama como principio la sustantividad de la relación jurídica obligatoria en el sentido de independizarla de sus sujetos. De esto es deducción lógica que pueda y deba tolerarse, sin inconveniente alguno, la sucesión en la deuda (asunción de deuda), como una simple operación de sustituir un deudor por otro en la misma relación. Esta operación no significa, por tanto, la transmisión de una cosa en el sentido que lo concibiera DELBRÜCK (la deuda es igual al haber pasivo de la obligación), sino la transmisión de la relación misma, del vínculo mismo en que la obligación está contenida.

Sin embargo, es seis años después, en su obra "Manual de Pandectas" (13), donde nos ofrece la formulación más acabada de su

- - - - -

(13) La 1ª edición de la obra de WINDSCHEID aparece en 1.862: Lherbuch des Pandektenrechts, II, parágr. 338, págs. 284 y s.

teoría, al analizar la naturaleza jurídica de este fenómeno de sucesión en la deuda - (que es un hecho que se contempla en la vida real y que el Derecho debe reconocer y prestarle su protección) como un acto del deudor en virtud del cual se transporta de él mismo a otro, que ocupará, por ello, su lugar, la deuda y con élla la relación misma.

No consideramos necesario hacer una - exposición sucinta de la teoría de WINDSCHEID, porque no es el objeto específico de este trabajo, por lo que nos debe bastar con condensar sus formulaciones en las siguientes conclusiones:

1ª. El acreedor tiene derecho a conservar al deudor con el que ha contratado.

2ª. Partiendo de la premisa anterior, todo deudor que pone en su lugar a otra - persona asumiendo su deuda, está atentando, evidentemente, contra el derecho del acreedor.

3ª. Por consiguiente, si el deudor referido lleva a cabo la sustitución mencionada en la conclusión anterior, el acto de dicho deudor será, por eso mismo, un acto

de disposición del derecho de otro (el acreedor).

4ª: De lo que se deduce que el deudor, disponiendo de la deuda (por cuanto que ésta equivale al crédito del acreedor y representa un valor positivo de su patrimonio (14) y transmitiéndola a un tercero, está en la misma situación que el que vende la cosa de otro, o para no salir del dominio de los derechos -

- - - - -
(14) DIEZ-PICAZO: Fundamentos de..., cit. págs 366 y s. 1972, dice: Por ello, el crédito, contemplado no dentro de la relación jurídica que liga el acreedor con el deudor, sino dentro del tráfico jurídico general, constituye un bien que forma parte del patrimonio del acreedor". "Por es to, los créditos, considerados como bienes patrimoniales, entran a formar parte y a ser objeto del tráfico jurídico". "El titular de un crédito puede enajenarlo, cambiarlo por otra cosa o por dinero, con ceder a otra persona su disfrute o acep tarlo en garantía de sus propias deudas".

En igual sentido se manifiesta ALONSO PEREZ, cuando dice: "Sin embargo, y es to es lo más importante en el tráfico económico actual, el crédito es además un bien que forma parte del patrimonio del acreedor. Destaca así el aspecto económico sobre el técnico-jurídico, de tanto re lieve en épocas pretéritas". "El riesgo - en el ...", págs. 52 y s.

personales, en la del vendedor de un crédito ajeno. El acto pues, de transmisión de la deuda llevado a cabo por convenio entre el deudor y el tercero que acepta la deuda, no puede tener eficacia para el acreedor que no ha intervenido en él.

5ª. No obstante esto, si bien el convenio entre el deudor y el tercero solo produce efecto inter parte, puede afectar al propio titular del derecho de crédito, cuando éste preste su conformidad al convenio referido, bien mediante su adhesión o bien por un acto de ratificación. En cuyo caso, y como dice DE DIEGO, "aquel acto de transmisión de deuda puede ser también convalidado con efectos retroactivos por la adhesión ulterior del acreedor", (15), o sea que la validez del acto de disposición del derecho del acreedor por parte del deudor en su relación con el tercero que asume su deuda, tendrá eficacia desde el instante mismo en que llevó a cabo dicho acto, cuando éste fuere ratificado por el titular del derecho de crédito.

Estas ideas de WINDSCHEID obtuvieron una

(15) DE DIEGO: La transmisión de las..., cit. pág. 251.

gran difusión y fueron recogidas por la mayoría de los autores alemanes que admitieron la sucesión en la deuda, entre ellos UNGER, GÜRGENS, REGELSSBERGER, COSAK, ENNECCERUS, - OERTMANN, DERNBURG, ENDEMAN.

Su discípulo GÜRGENS al experimentar - ciertas anomalías en la teoría de su maestro, ya que el convenio con el nuevo deudor no podía tener eficacia en tanto el acreedor no autorizase el acto de disposición del antiguo deudor, asimiló esta operación a la figura de la gestión de negocios ajenos (16).

"La gestión de negocios ajenos sin mandato, en sentido propio, consiste en la intervención de una persona en los negocios o intereses de otra, sin autorización de esta última pero con la intención por parte de aquélla de producir un resultado final favorable al dueño del negocio o titular de los intereses gestionados" (17).

De esta definición, de PUIG BRUTAU, y siguiendo su obra (18) deducimos los siguientes

(16) GÜRGENS: Jahrbücher de Ihering. vol 8º.

(17) PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho Civil, t. II, vol. 2º, pág. 641. Barcelona 1956.

(18) PUIG BRUTAU: Fundamentos de..., cit. págs. 644 y ss.

requisitos para que se produzca la gestión de los negocios ajenos:

a) Que se trate de un acto puramente voluntario.

b) Que el acto sea referido a la gestión de uno o varios asuntos de la misma naturaleza jurídica, ya de ejecución o de realización material.

c) Un asunto ajeno.

d) Un asunto lícito.

e) Que el derecho que se gestione no tenga carácter personalísimo, o sea, susceptible de transmisión o de ejecución.

f) Sin mandato, bien convencional o legal, lo que equivale a decir que la persona que dispone del negocio de otro no cuenta - con su correspondiente autorización.

g) Si bien el ejecutor no está autorizado para ello, tampoco ha de existir oposición concreta del dueño del negocio gestionado.

h) Animus de gestionar negocios ajenos; lo que constituye el elemento intencional implíci

to en el acto.

i) Finalmente que el dueño del negocio ha de aprovechar las ventajas de la referida gestión.

Nuestro Código civil recoge esta figura de la gestión de negocios ajenos y la regula en los artículos 1.888 y siguientes, como una de las especies de los llamados cuasi contratos (19) y de este artículo y de los artículos 1.892 y 1.890, se deducen los efectos que produce el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, a saber:

a) El gestor estará obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, en su caso.

b) Si el dueño del negocio ratifica los actos del gestor, desaparece el cuasi contra

- - - - -

(19) Nuestro Código civil encuadra "la gestión de negocios ajenos", como una variedad de los "cuasi-contratos" y dentro del Título denominado "De las obligaciones que se contraen si convenio".

to por transformarse en ese instante en contrato.

c) El gestor responderá, caso de delegar en otra persona su función, de los actos del delegado, sin perjuicio de la responsabilidad directa del delegado para con el propietario del negocio.

d) Finalmente, la responsabilidad de los gestores, cuando fueren varios, será solidaria. Lo cual constituye una excepción al principio general enunciado en el artículo 1.137 del Código civil respecto de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias.

El hecho de hacer una exposición sucinta del llamado cuasi contrato de gestión de negocios ajenos sin mandato, limitándonos al concepto, requisitos y efectos, es para sentar las bases de aquellos autores que formularon la correspondiente crítica a la teoría de WINDSCHEID, oponiéndose a su total razonamiento. Pues si bien, dicha teoría en principio fué bastante convincente, suscitó, sin embargo, una serie de críticas que vienen a desvirtuarla prácticamente. Así, DE DIEGO, dice de ella : "¿Es exacta la analogía que establece WIND-

SCHEID entre la transmisión de la deuda y los actos de disposición del derecho de otro?. Entendemos que no. El deudor que transporta su deuda en cabeza de otro que la asume por su cuenta, nihil agit, mientras el acreedor no dé su autorización, y sí nihil agit, mal puede afectar, ni de hecho, ni de derecho, la posición del acreedor; el patrimonio y el derecho de éste quedan intocados, y en tal respecto el acto de transmisión de deuda no implica ingerencia en su esfera jurídica, ni puede semejarse a los actos de disposición" (20).

Por seguir citando autores españoles, - PUIG BRUTAU, (21) recogiendo las apreciaciones críticas de la obra de BOEHMER, hace, - igualmente, una exposición crítica desdibujando la naturaleza jurídica de la asunción de deuda con base en esa supuesta gestión de negocios ajenos, y se expresa así: "Como dice BOEHMER, los defensores de semejante teoría no percibieron cuál es el factor que en

(20) DE DIEGO: Transmisión de las..., cit. pág. 251.

(21) PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit. T.I, vol. 2º, 1959, pág. 407. BOEHMER: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. libro 2º, parte 1ª. Tubinga, 1.951, págs. 76 y ss.

algunos casos justifica que cambie la persona del deudor: el llamado contrato de asunción de deuda no se produce por generación espontánea ni para que se cumpla el diagnóstico formulado por algunos autores. Nace en virtud de circunstancias económicas y sociales cuyo estudio precisamente desdeñan los juristas dogmáticos. Tal contrato de asunción solo se presenta como parte de un contrato de compraventa o de otro negocio a título oneroso en el que una de las partes - asume la deuda que pesa sobre la otra en compensación de la obligación que le incumbe - personalmente. Así, es frecuente que el comprador de una finca hipotecada solo pague al vendedor la parte del precio que cede del - gravamen que pesa sobre la finca".

"Si no se pierden de vista los casos en que realmente puede aparecer el pacto de asunción de deuda, se advierten los inconvenientes del castillo de naipes que resulta ser la teoría de la disposición del derecho ajeno. - BOEHMER señala dos: si la asunción es verdadero contrato entre el antiguo deudor y el nuevo, el acreedor ha de limitarse a ratificarlo;

pero si tal contrato es impugnado por simulación o por otras causas, tal ratificación no habrá podido convalidar los defectos sustanciales de que adolezca el convenio celebrado entre los dos deudores y el acreedor se encontrará conque el sujeto pasivo de su derecho de crédito quedará pendiente de determinación en virtud de factores que están fuera del alcance de sus facultades de acreedor. Por otra parte, también el nuevo deudor puede quedar perjudicado cuando el anterior obtiene la ratificación del acreedor y la consiguiente liberación antes de que dicho primer obligado realice a favor del nuevo la prestación a que se obligó en el contrato de asunción. Es decir, el acreedor podría dirigirse entonces, contra el nuevo deudor a pesar de que a éste le corresponderá una excepción de contrato no cumplido frente al que anteriormente estaba obligado".

"Por todo ello se ha estimado preferible que la llamada asunción de deuda se realice, en todo caso, mediante un contrato entre el antiguo acreedor y el nuevo deudor. Por tanto, todo posible acuerdo entre los dos deudores solo puede conducir a la formulación de

una oferta dirigida al acreedor para que se avenga a liberar al primitivo deudor a cambio de poder exigir la prestación debida del nuevo sujeto obligado" (22).

RODRIGUEZ-ARIAS, se opone también a la teoría de WINDSCHEID y, haciendo precisamente una crítica a la Sentencia de 16 de Junio de 1.908, del Tribunal Supremo Español dice: Sin embargo, el propugnar esta posición jurídica hace olvidar que los deudores, tanto el antiguo como el nuevo, al celebrar el convenio no se propone ninguna de estas dos cosas: a) estipular en interés del acreedor, y b) es tipular en nombre del acreedor. O sea, desean la eficacia del acto, y por consiguiente, que surta efectos para el acreedor, no porque les preocupe las ventajas o perjuicios que de dichos actos pueden derivar para éste, sino porque les importan sus propios intereses y desean la eficacia desde la fecha de su acuerdo" (23).

(22) PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho Civil. t. I, vol. 2º Barcelona 1959, pág. 407 y s.

(23) RODRIGUEZ-ARIAS: Derecho de obligaciones, 1.965, pág. 385.

Ahora bien, si se admite esta teoría, o sea la de la disposición del derecho ajeno, es indudable, como dice RODRIGUEZ-ARIAS (24) que el titular del derecho de que se ha dispuesto -el acreedor- puede ratificar la transferencia hecha por los dos deudores en cualquier momento.

Por otra parte, el referido autor (25), analizando la composición de la teoría de la disposición del derecho ajeno, por el procedimiento de la delegación, se hace eco de las observaciones hechas al respecto por ALFONSO DE COSSIO (26) y dice que la transmisión pasiva de deuda en este supuesto caso, está integrada por un contrato causal y obligatorio (cuando se celebra entre un deudor primitivo y uno nuevo) y por un acto de liberación del deudor primitivo que constituye el verdadero acto de disposición (el convenio entre el - acreedor y el tercero).

- - - - -
(24) RODRIGUEZ-ARIAS: Derecho de..., cit. pág. 386.

(25) ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL: La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Conferencia. Madrid - 1945, p. 198.

(26) RODRIGUEZ ARIAS: Derecho de..., cit. pág. 387

"Descompónese, pues, dice textualmente, la transmisión de deuda en tres órdenes de relaciones diferentes, que podríamos representar gráficamente por un triángulo, en cada uno de cuyos ángulos se suponen situados, respectivamente, el acreedor, el deudor primitivo y el nuevo deudor. Las relaciones entre ambos deudores representan el elemento interno: la delegación produce un negocio causal y obligatorio. Las relaciones entre el deudor primitivo, el nuevo deudor y el acreedor representan el elemento externo, de la transmisión. Podemos, pues, distinguir: el contrato entre ambos deudores o delegación y el acto de intervención del acreedor".

3. Teoría de la OFERTA COLECTIVA.

Esta teoría, llamada de la oferta colectiva seguida de aceptación, surge en contraposición a la sustentada por WINDSCHEID y REGELSBERGER sobre la disposición del derecho de otro o de los negocios ajenos.

Si bien la teoría referida de WINDSCHEID obtuvo por su gran éxito, una rotunda difusión

hasta el punto de hacerse pesar en los legis-
ladores del Código civil alemán, como puede
verse en los Motivos de dicho Código, dando
lugar a la redacción del artículo 415 del mis-
mo, no obstante, y como dice uno de los opo-
sitores a esta teoría y gran exponente de la
de la oferta colectiva, LIPPMANN (27), que una
teoría no puede tener la fuerza de la misma -
ley, por lo que si no puede ser mantenida, la
misma redacción del citado precepto ha de ser
considerada desde distinto punto de vista. No
se trata de una simple ampliación o perfeccio-
namiento de un contrato ya celebrado, sino que
la comunicación de que habla la repetida nor-
ma se ha de entender como una oferta de con-
trato, de manera que la ratificación sería la
aceptación de esta oferta y la efectiva cele-
bración del contrato.

Parece ser que se inició esta teoría en
Alemania por obra de MENZEL (28), el cual, a su

- - - - -
(27) LIPPMANN: Beiträge zur Lehre der Schuldü-
bernahme im BGB. (Contribución a la teo-
ría de la asunción de deuda en el Código
civil alemán) en el vol. 107 del Archiv.
für die civilistische Praxis.

(28) MENZEL: Zur Lehre der Schuldübernahme. En
Grunhut's Zeitschrift (11).

vez, influyó en Francia a través de la obra de GAUDEMET (29) e igualmente, pasó a Italia por medio de los escritos de COVIELLO (30).

El primero de ellos, MENZEL, aplica a la sucesión de la deuda, el vehículo de la delegación, pero desligada del formalismo del Derecho romano a que estuvo sometida al servicio de la novatio, también romana. Proceso de modernización que se logra al desprenderla de los elementos del iussum inicial y de la stipulatio como elemento de ejecución. Así entendida, la define como un contrato único en el que intervienen tres contratantes bajo la forma de una oferta colectiva seguida de aceptación. La posición del oferente corresponde, según dicho autor, a dos personas, de las cuales una de ellas ha de ser necesariamente el delegante, pudiendo ser la otra, indistintamente, bien el delegado, bien el delegatorio. Por consiguiente, la aceptación corresponderá sólo a una única persona que, por eliminación, será el que no se haya colocado

- - - - -
(29) GAUDEMET: Etude sur le transport de dettes a titre particulier. Dijón, 1.898.

(30) COVIELLO: La sucessione nei debiti a titolo particolare. Bolonia 1.896. En el Archivio giuridico tt. 56 y 57.

en la posición de oferente junto al delegante. Pero no es cuestión que nos conduzca a detenernos en este momento a hacer un análisis de la delegación, ni mucho menos de cómo la concibiera MENZEL, (ya nos ocuparemos de ello en su lugar correspondiente, a fin de no sacrificar la sistemática que en este trabajo tenemos programada), pues que en este instante lo que pretendemos es la exposición concreta de la llamada teoría de la oferta colectiva u oferta de contrato que, en la historia de la sucesión en la deuda, ha surgido.

El objeto de la oferta es producir la sustitución de un deudor por otra persona ajena a la relación, y esta sustitución no tendrá más valor que el que las partes intervinientes le hayan dado como contenido del contrato que perfeccionan a virtud de la aceptación a dicha oferta por parte del acreedor o delegatorio en su caso. O sea, producir sucesión en la deuda dentro de una relación jurídica que no se extingue, si así fué la intención de los intervinientes.

En nuestra patria, ROCA SASTRE y PUIG BRU-

TAU (31), inspirándose en la obra de LIPPMANN y siguiendo sus razonamientos, se muestran partidarios de la teoría que contemplamos.

Oponiéndose, por tanto, a la teoría que inspirara la formulación del citado artículo 415 del B.G.B., deducen, sin rechazar dicho artículo, una interpretación distinta, por cuanto que advierten que no se trata en dicho artículo de una simple ampliación o perfección de un contrato ya celebrado, sino que la comunicación de que habla la repetida norma se ha de entender como una oferta de contrato, de manera que la ratificación sería la aceptación de esta oferta y la efectiva celebración del contrato.

"¿Qué clase de disposición de un derecho de otro puede constituir un convenio que por sí mismo es incapaz de provocar la más pequeña alteración de ese derecho ajeno, de manera que si no media la conformidad del titular no hay que deshacer nada y sigue, por otra parte, lo estipulado entre los dos supuestos deudores, conservando la plena eficacia que ya inicial-

- - - - -
(31) ROCA SASTRE: La transmisión pasiva de las obligaciones, en Estudios de Derecho Privado. Madrid.1948.Con la colaboración de PUIG BRUTAU.

mente tenía circunscrita entre ellos?" (32).

Por todo lo expuesto, el referido autor, termina con la siguiente o rotunda conclusión: "Estimamos inútil querer desentenderse de una cosa evidente: que el efecto realmente dispositivo de la asunción de deuda empieza y termina con la congruente declaración de voluntad por parte del acreedor" (33).

PUIG BRUTAU, después de hacer una crítica a la teoría sustentada por WINDSCHEID sobre la disposición del derecho ajeno, siguiendo las apreciaciones de la obra de BOEHMER, se muestra partidario de la teoría de la oferta colectiva, ratificando, por sí solo, lo dicho en colaboración con ROCA SASTRE, puesto que en su propia obra, concluye: "Por tanto, todo posible acuerdo entre los dos deudores solo puede conducir a la formulación de una oferta dirigida al acreedor para que se avenga a liberar al primitivo deudor a cambio de poder exigir la prestación debida al nuevo sujeto obligado"(34)

- - - - -

(32) ROCA Y PUIG BRUTAU: Estudios.. I, pág. 3o5

(33) ROCA Y PUIG BRUTAU: o.c. pág. 3o7.

(34) PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho Civil. t. I, vol. 2ª, Barcelona 1959, pág. 4o8.

Así como la obra de WINDSCHEID, con su teoría sobre la disposición de la asunción de deuda o liberación del deudor por otro que viene a ocupar su lugar en la misma relación jurídica obligatoria, obtuvo gran resonancia y difusión, influyendo en la codificación alemana y en todos aquellos códigos de inspiración germánica (35), así como la doctrina de su propio país e incluso, como hemos dejado expuesto, en la de los países latinos que, si bien en sus Códigos no recogen la figura de la asunción, sin embargo dejan un pórtico abierto a la interpretación, no solo de los estudiosos del Derecho, sino a la propia doctrina jurisprudencial, que, se hace eco de la misma, y, sobre todo, a la práctica jurídica. Por el contrario, la teoría de la oferta colectiva de contrato seguida de aceptación, no tuvo la misma fortuna. Contó con bastantes menos partidarios y las críticas de que fué objeto fueron bastante demoledoras, sobre todo por aquellos que siguieron la escuela creada por WINDSCHEID.

Uno de los más característicos oposito-

- - - - -

(35) Vid. Código civil suizo de las obligaciones y Código civil austriaco.

res a la referida teoría de la oferta colectiva, fué OERTMANN (36), y, como es natural, partidario de la disposición de la de los de rechos ajenos (37). "Algunos civilistas modernos entienden que, aún en este caso, (se está refiriendo a como debe hacerse constar el asentimiento del acreedor) el verdadero contrato de deuda sólo surge mediante el con sentimiento del acreedor. La ratificación - del acreedor es, según este modo de ver, la aceptación de una oferta para la conclusión del contrato de transmisión. Pero esta doctrina no es compatible ni con la letra ni - con el contenido del Derecho alemán vigente, ni puede tampoco acogerse, por razones de in-

- - - - -
(36) OERTMANN: Transmisión de obligaciones. Revista de Derecho Privado. Madrid 1923.

(37) Estas son sus palabras, que lo definen:
"La concepción exacta es más bien la domi nante ya bajo el Derecho romano común, según la cual el contrato de transferencia liberatoria contiene un acto de disposi ción sobre el derecho del acreedor, que es la sustitución del antiguo deudor por un deudor nuevo. Pero tales actos de dis posición sobre derechos ajenos requieren el asentimiento inicial del titular inte resado o su ratificación". (o.c. pág. 113).

dole general. Una ratificación presupone ya la existencia de un substrato de negocio jurídico perfecto por sí, sin que pueda concebirse como aceptación de una simple oferta. Si el contrato entre ambos deudores solo tuviere realmente, en cuanto al acreedor, la significación de una oferta, ésta sólo podría partir, lógicamente, del nuevo deudor. Aparte de la revocabilidad de esta pretendida oferta frente al acreedor, tal como resulta del parágrafo 415 del Código civil alemán, estaría en abierta contradicción con la irrevocabilidad de toda oferta (Código civil alemán, parágrafo 145) (38). Y finalmente, - aquí solo se exige que medie una comunicación cualquiera, en el sentido de un hecho, mientras que la oferta implica una declaración - de voluntad con base de un negocio jurídico" (39).

- - - - -

(38) El parágrafo 145 (Libro I, sección 3a, título 3o (Contratos) del Código civil alemán dice: "Quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluído la vinculación".

(39) OERTMANN: Transmisión..., cit. pág. 113.

ENNECCERUS es otro de los que se muestra decidido partidario de la teoría de WINDSCHEID, cuando dice: "Es discutida la naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda concluído con arreglo al parágrafo 415 (Se está refiriendo al supuesto de que la asunción de deuda se produzca en virtud de acuerdo entre el deudor y un tercero) (40). Según la opinión dominante que, a mi juicio es la exacta (teoría de

- - - - -
- (40) El parágrafo 415 (Libro II, sección 3ª) del Código alemán dice: "Si la asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación sólo puede realizarse si el acreedor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación, las partes pueden modificar o invalidar el contrato". (El verbo "aufheben" según opinión de MELON INFANTE, procede del término "Aufhebung" - que puede verse al castellano como "supresión", "invalidación" o "abolición"; no debe traducirse nunca por "revocación" ni por "rescisión" (Nota 48 a su traducción al BGB. Barcelona 1955).

"Si la ratificación es negada, la asunción de deuda vale como no realizada. Si el deudor o el tercero requieren al acreedor, bajo determinación de un plazo, para la declaración sobre la ratificación, ésta sólo puede ser declarada hasta el transcurso del plazo; si no es declarada, vale como denegada".

"En tanto el acreedor no haya otorgado la ratificación, en la duda el asumiendo está obligado frente al deudor a satisfacer el acreedor en tiempo oportuno. Lo mismo vale si el acreedor niega la ratificación".

la disposición) (41). Por ello, el referido au
tor se muestra rotundamente contrario a la teo
ría de la oferta, considerando que la construc
ción de la misma es en extremo artificiosa y -
no es conforme con la voluntad de las partes.
"Si el comprador de una finca -cita a título -
de ejemplo- asume, mediante convenio con el -
vendedor, las deudas hipotecarias que recaen -
sobre la finca, no quiere sólo prometerle su -
liberación, sino constituirse deudor en su lu-
gar, supuesto que el acreedor asienta" (42).

En nuestra patria, DE DIEGO, fijándose en
el grado de intensidad con que interviene el -
acreedor al aceptar la oferta de contrato surgi
da de la voluntad del tercero, critica la teo
ría de la oferta y no la considera viable: "Cons
truída así la delegación para que obre sucesión
en la deuda, no satisface por completo las nece
sidades del comercio, toda vez que haciendo al
acreedor parte principal del acto en concepto -
de aceptante o policitante, se entorpece la ope

- - - - -

(41) ENNECCERUS: Derecho de..., cit. pág. 414.

(42) ENNECCERUS: o.c. pág. 415. Los anotadores
a la obra de ENNECCERUS, los españoles PE
REZ GONZALEZ y ALGUER se muestran, también,
decididos partidarios de la teoría de la
disposición del derecho de otro.

ración" (43). Por ello, REGELSBERGER dice con mucha razón, que "el centro de gravedad del - transporte deuda, se encuentra en la conven- ción concluída entre el antiguo deudor y el - nuevo. Pero como en definitiva del acreedor no puede prescindirse sin grave lesión de sus derechos y evidente ruina del crédito, el pro- greso jurídico ha consistido en reducir al mi- nimum la intervención del acreedor para que - no sirviese de obstáculo a la rapidez de la - operación" (44). Y es evidente, que en la teo- ría de la oferta, bien colectiva (deudor y - tercero), bien individualizada (en la persona del tercero), la intervención del acreedor no sólo es indispensable, sino que reviste el ca- rácter de principal, pues sin dicha interven- ción no se produciría el contrato. La oferta mantenida en suspensión, caducaría por el trans- curso del tiempo y no produciría el efecto que- rido por las partes. Así lo ratifica, finalmen- te, de DIEGO, al decir: "La insuficiencia del

- - - - -
(43) CLEMENTE DE DIEGO: Transmisión..., cit. págs. 303 y s.

(44) REGELSBERGER: En Archif für die civ.Praxis, t.67, pág. 25, número 5. Citado por DE DIE- GO en su referida monografía.

procedimiento está, como sabemos, en que el - acreedor interviene en el acto, o como aceptante o como policitante y siempre como parte principal, embarazando la operación, y de lo que se trata es de reducir al minimum en cuanto lo consienta la legítima protección de su interés, su intervención en el acto" (45).

La oferta es, en definitiva, una declaración de voluntad que contiene todos los elementos idóneos del contrato, emitida por una de - las partes (en este caso el tercero o éste y el deudor) y dirigida seriamente a la otra (el - acreedor) para que si la acepta, se integre, sin más, en el contrato propuesto (46).

- - - - -
(45) CLEMENTE DE DIEGO: Transmisión..., pág. 320

(46) DIEZ PICAZO la define del modo siguiente: "La oferta es una declaración de voluntad negocial emitida por una de las partes, - que contiene todos los elementos necesarios para la existencia del contrato y que está destinada a integrarse en el contrato una vez que reciba la aceptación", en Instituciones de Derecho Civil, t. I, pág. - 330. PUIG PENA: "Es la iniciativa dirigida a un tercero para la perfección de un contrato, que reúne todos los elementos esenciales del mismo", en Compendio, cit. t. III pág. 467.

De este concepto deducimos los siguientes presupuestos:

a) La oferta consiste precisamente en una declaración de voluntad del oferente, seria, o sea, con propósito firme de contratar con la persona del aceptante.

b) Dicha oferta contiene todos los elementos necesarios del contrato. (En este caso la oferta tiene por contenido el acuerdo del deudor con el tercero).

c) No precisa nueva declaración de voluntad del oferente, pues en otro caso, la oferta quedaría sin efecto a virtud de nueva oferta.

d) Finalmente, la necesidad de comunicarla al destinatario para su posible aceptación.

Concebida así la oferta de contrato, observamos la inoperancia de la teoría de la oferta colectiva para el logro que las partes se proponen de concluir entre ellas un contrato de asunción de deuda. Y ello se muestra palpablemente en la contemplación de dos aspectos: Uno es el relativo a los efectos retroac-

tivos de la aceptación del deudor respecto al momento del acuerdo del deudor y el tercero - en la relación jurídica base; otro es el de la naturaleza abstracta que caracteriza el contrato de asunción de deuda.

Primer supuesto: La ratificación del acreedor es el acto por el que éste acepta la oferta a él dirigida por el tercero o por éste y - el deudor conjuntamente (oferta colectiva). La retroactividad de la ratificación significa - que el acuerdo celebrado entre deudor y tercero tiene validez desde el momento mismo en que se verificó dicho acuerdo y no desde el momento mismo de la aceptación.

La relación entre deudor y tercero anterior a la oferta y que constituirá después el contenido de la misma, solo producirá efectos inter partes, mientras no exista la ratificación, o sea, mientras no se produzca la acceptación de dicha oferta. Si esto es así, es evidente que el acuerdo celebrado entre el deudor y el tercero es una asunción de cumplimiento, ya que no se ha producido la liberación del -

deudor (47). Hasta este momento, es obvio que no existe verdadera y propia asunción de deuda.

Llevada a cabo por el acreedor la aceptación de la oferta colectiva que se le hiciera, nace el contrato. Si los efectos se retrotraen a las relaciones anteriores del deudor y el tercero que constituyen el contenido de la oferta que ha aceptado, quiere decirse que lo que realmente se está aceptando es una asunción de cumplimiento y, por tanto, solo resurgirán los efectos propios de la asunción de cumplimiento. Ni resulta ni podrá resultar por este camino, el contrato de asunción de deuda.

Si, verdaderamente, lo que se pretende como resultado final es la asunción de deuda, o

(47) ENNECCERUS define la asunción de cumplimiento, como "El contrato por el cual uno se obliga únicamente hacia el deudor a cumplir la obligación de éste. Entonces el deudor sigue obligado y adquiere solo un crédito contra el promitente, dirigido a que éste le libere de la obligación por el cumplimiento o de otra manera (pues al deudor solo le importa la liberación y no cómo se verifique). De este negocio no brota derecho alguno a favor del acreedor, a menos que con aquél se combine una adhesión a la deuda". Derecho de..., cit. t.II, vol.1º, pág. 413.

el acuerdo del deudor con el tercero es también una asunción de deuda, o de lo contrario se ha producido una relación jurídica distinta, lo cual significa extinción. Porque la relación originaria (asunción de cumplimiento) ha sido sustitufda por una nueva relación (asunción de deuda) - que, incluso, no son homogéneas. Son relaciones de distinto contenido. ¿Dónde está, pues, la retroactividad de la ratificación del acreedor?.

Así lo hace notar ENNECCERUS, al decir: "Tampoco se halla en armonía con la teoría de la oferta el que el efecto se retrotraiga al momento en que se concluyó el contrato entre el que asumió la deuda y el deudor" (48).

Segundo supuesto: El contrato de asunción de deuda es un negocio jurídico abstracto y como tal y según el derecho español, equivale a decir que la causa se abstrae, que la causa se desplaza, que la causa no se hace valer. Por consiguiente, y debido a este carácter abstracto, el nuevo deudor no podrá hacer valer las excepciones propias del contrato de asunción de deuu

(48) ENNECCERUS: Derecho de obligaciones..., cit. T. II. vol. 1º, pág. 416.

da, entre ellas, la de nulidad, y así en cam
bio las propias de la relación obligatoria -
del deudor sustituido y liberado. La razón -
fundamental de ello estriba en que no tienen
porqué afectar al acreedor las consecuencias
estructurales de un contrato celebrado entre
deudor y asumiendo en el que dicho acreedor
no ha sido parte.

Sí, por el contrario, se trata de una -
oferta colectiva, cuyo contrato se perfeccion
a por la aceptación de dicha oferta por par
te del acreedor, es evidente que el nuevo -
deudor podrá alegar las excepciones propias
de este contrato contra quien, en definitiva,
ha sido parte en el mismo, en cuyo caso la -
consecuencia es la creación de una relación
obligatoria nueva sustitutiva de la anterior
-la del deudor primitivo con el acreedor- que
tiene más el aspecto de una novación que el
de una verdadera y propia asunción de deuda.

Dice OERTMANN: "La transferencia de deuu
da es también un acto jurídico abstracto, co
mo la cesión: la eficacia de una transferen-
cia de deuda para nada se hallará condiciona
da por la validez de la relación interna que

medie entre el deudor antiguo y el que le su
cede..., el nuevo deudor no podrá hacer valer
contra el acreedor excepciones que se deriven
de la relación jurídica interna entre uno y -
otro deudor" (49).

(49) OERTMANN: Transmisión..., cit. pág. 114.

PARTE III

El contrato de asunción de deuda y su régimen jurídico.

CAPITULO PRIMERO

La asunción de deuda como contrato.

En un sentido amplio podemos definir la asunción de deuda como un contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, con mutativo, en virtud del cual un tercero (asuntor o asumiante) sustituye en una relación jurídica obligatoria al deudor, liberándole, bien - por acuerdo con el acreedor (expromisión), bien por acuerdo con el referido deudor (delegación), consentido, en este caso, por el acreedor.

De esta definición podemos deducir una serie de caracteres que someteremos a análisis más adelante.

El primer problema que se suscita en torno a la asunción de deuda es el relativo a si el - acuerdo entre partes por el que se produce la - sustitución del deudor por un tercero en una relación jurídica preexistente, tiene o no valor de contrato. De no ser así, sobran los demás caracteres que, como premisa menor, hemos enunciaa

do en su definición. Y, si es un contrato con arreglo a las diferentes acepciones que la doctrina jurídica nos ofrece, ¿puede, también, tener este calificativo en la concepción de nuestro Código Civil?.

Ni nuestro Código define la asunción de deuda (tampoco lo que llama novación modificativa), ni tampoco nos aporta una definición de contrato. Si así fuese, nos bastaría citarlo como único fundamento legal para saber con exactitud si la asunción de deuda puede o no incluirse dentro de sus contornos. Al no ser así, es preciso extraer su concepto del contexto que resulta en la relación de una pluralidad de fundamentos legales. Del examen comparativo del artículo 1.254 en relación con los artículos 1.088, 1.089 y 1.091, podemos extraer un concepto a través de las características esenciales que marcan sus límites: La existencia de un consentimiento entre dos o más personas y la creación de obligaciones con fuerza de ley entre las partes que han consentido. A la primera de ellas se está refiriendo el artículo 1.254: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Dicho precepto expone un triple aspecto: el momento en que nace el contrato, la

creación de unas obligaciones y el contenido de éstas. Se halla en congruente armonía con el artículo 1.089 en cuanto que éste incluye el contrato dentro de la clasificación de las fuentes creadoras de obligaciones: "Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos...". A la segunda característica se está refiriendo el artículo 1.091, el cual, de una parte expresa el vigor de la obligación que el contrato crea ("las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes...") y de otra parte sirve de punto de enlace con la característica fijada en primer lugar: "...y deben cumplirse a tenor de los mismos". (1)

- - - - -

(1) Dice CRISTOBAL MONTES a propósito de la novación modificativa, comentando el articulado de nuestro Código civil: "no es en línea de principio, un Código de gran precisión técnica. Maneja los términos y los conceptos jurídicos con cierta irresponsabilidad y no parece atribuir excesiva importancia al sentido y valor exacto que deba atribuirse a uno u otro vocablo ni al alcance definitorio y delimitador que haya que entrañar en las expresiones legales. Llama heredero a quien no lo es, designa como poseedor a quien no puede tener tal carácter, denomina prescripción a lo que es otra figura, confunde el contrato con la obligación que genera y, en fin, casos y más casos en que la terminología jurídica es utilizada atécnicamente y en que fallan ostensiblemente las exigencias dogmaticoconceptuales que otros Códigos (como el alemán o el italiano de 1.942) han tenido buen cuidado de respetar todo lo posible".- "La llamada novación modificativa en el Derecho civil español", R.C.D.I. 1973, p. 1.186.

Como puede verse, si bien el Código civil no aporta una definición del contrato, marca, sin embargo las líneas generales suficientes para deducir una acepción de acuerdo, por cierto, con la doctrina tradicional y clásica del Derecho romano, de igual modo que el Código civil francés (2), de quien, sin duda, lo tomó el legislador español: acuerdo de voluntades entre dos o más personas -consentimiento- (duorum vel plurium consensus) dirigido a crear obligaciones entre ellas (ad -constituendum obligationem).

No es nuestro propósito presentar en este momento y para esta cuestión, un estudio profuso del concepto, contenido y extensión del contrato. Solo nos basta con fijar sus contornos más elementales al solo objeto de obtener el resultado de si la institución que estamos sometiendo a estudio -asunción de deuda- le pertenece (3).

(2) El artículo 1.101 del Código civil francés reconoce la acepción romano-clásica, al decir: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, á donner, á faire ou á ne pas faire quelque chose". Se inspira en la obra de POTHIER: Obligations, 1761, 2 volúmenes. Vid. PLANIOL-RIPERT: Traité pratique de Droit civil français, T.VI: Obligations. Paris 1952, pág. 17 y Nota 2.

(3) Vid. GORLA: El contrato. Dos tomos. Trad. del italiano y notas de adaptación y comparación al Derecho español por FERRANDIS VILELLA. Barcelona, 1959.

Por ello, sin llegar a aquellas concepciones supracontractuales (Obergriff) que exorbitaban el contenido del contrato hasta los extremos de hacerlo presidir todo el ordenamiento jurídico, tanto privado como público (contrato de matrimonio, contratos sucesorios, contratos administrativos de todo género de relaciones públicas, tratados internacionales, etc.), sino limitándonos a una concepción más estricta, referida exclusivamente - al Derecho privado, y dentro de éste al denominado Derecho patrimonial, podemos definirlo con frase de DIEZ-PICAZO: "todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (4). Luego, partiendo de un lado, de la concepción tradicional y clásica del contrato; y de otro lado, como institución perteneciente al Derecho civil patrimonial deducimos que el contrato es el instrumento idóneo no solo para crear o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, sino también capaz de modificarlas. Y si la asunción de deuda entraña una modificación -pues nada crea y nada extingue a diferencia de la novación en una relación jurídica ya producida, ya existente, resulta claro que esta figura de la asunción de deuda está perfectamente encuadrada dentro de los contornos del

- - - - -

(4) DIEZ-PICAZO: Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Madrid 1972, pág. 89.

concepto de contrato y como una variedad del mismo, de los que podemos denominar contratos modificativos de relaciones jurídicas patrimoniales, - siendo éstos el género y la asunción de deuda su especie. Una relación jurídica obligatoria que - permanece la misma a pesar de operarse una sustitución de deudores, es siempre una modificación - subjetiva pasiva de una relación obligatoria. El convenio por el que dicha relación se modifica - es un contrato, "cuyos efectos consisten en modificar" precisamente.

Sin embargo, y respecto a la concepción más o menos extensiva que del contrato puede hallarse en el Código no toda la doctrina jurídica se encuentra armónica, pues mientras unos, aún dentro del sentido patrimonialista y del derecho privado, extienden el contenido del contrato no solo a la creación de relaciones jurídicas patrimoniales, sino a la modificación y extinción de las mismas (5), otros, en cambio, con un criterio más limitado, con una interpretación más "ad literim legis", conciben el contrato únicamente, como creador de obligaciones, sin que pueda extenderse a la modificación y mucho menos, a la extinción (6).

- - - - -

(5) En este sentido podemos citar a autores como CASTAN, ALBALADEJO, PUIG BRUTAU, PEREZ y ALGUER, PUIG PEÑA, DIEZ-PICAZO, etc.

(6) Siguen esta concepción SANCHEZ ROMAN, BELTRAN DE HEREDIA (J.).

Así, como observa ALBALADEJO, perteneciente al grupo expresado en primer término, "Dentro del campo de tal Derecho de obligaciones podía parecer que nuestra Ley concibe al contrato exclusivamente como creador de éstas (ya que el artículo 1.254 del Código civil dice que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras..."); mas, sin embargo, también cabe que el contrato se encamine a modificarlas o a extinguirlas. Únicamente que el artículo 1.254 ha tenido presente sólo el contrato en su papel de fuente de obligaciones. (Cfr. artículo 1.089)" (7).

Esta última observación, comentando el artículo 1.254 del Código civil, la encontramos igualmente en CASTAN: "El artículo 1.254, más que expresar la naturaleza del mismo, parece que se propone señalar el momento de su nacimiento o perfección (de acuerdo con la teoría espiritualista, clásica de nuestra patria a partir del Ordenamiento

- - - - -

(7) ALBALADEJO: Derecho civil. T. II, vol. 1º 1.975, págs. 304 y ss.

de Alcalá" (8). Sin embargo, en su aspecto puramente literal, es evidente que del artículo 1254, no se deduce otra cosa, sino que el contrato se circunscribe: a las relaciones jurídicas patrimoniales, a la creación de obligaciones y a señalar el momento de esa creación, sin perjuicio, por supuesto, como dice el autor comentado, de que "dentro de este ámbito, el contrato puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas variadísimas" (9), entre las que señala las de crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o crediticias.

En este mismo sentir extensivo, PEREZ GONZALEZ y ALGUER, incluyen ya, expresamente, la asunción de deuda como fenómeno contractual: "Si bien del tenor literal del artículo 1254 del Código civil español pudiera parecer a primera vista que la única categoría de contratos reconocidos por él es la de los obligatorios, nada se opone a admitir que, en virtud de un contrato, cabe también extinguir una

- - - - -
(8) CASTAN: Derecho civil español, común y foral. 11ª ed. Madrid 1974, T.III, págs. 410 y 411.

(9) CASTAN: o.c. pág. 411.

relación obligatoria, ceder un crédito o asumir una deuda" (10). Por ello, siguiendo este autor la línea conceptual trazada, define, sin más inconveniente, la asunción de deuda como un contrato, al decir: "I. Por todo lo que llevamos dicho, podemos afirmar la posibilidad de que - dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se concierte un contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en el lugar del hasta entonces deudor", o bien "II...creemos que la asunción de deuda puede concluirse también en nuestro derecho mediante contrato del que asume aquélla con el acreedor o con el deudor" (11).

De todo lo que se lleva expuesto, se puede concluir: 1º. Que no existe definido en nuestro Código el contrato. 2º. Que tampoco aparece definido el contrato de asunción de deuda, pues ni siquiera existe una regulación específica de esta figura. 3º. Que creemos puede definirse, dentro de nuestro Código, de acuerdo con las notas características ofrecidas por el Título II en relación con el Título I del Libro IV. 4º. Y que, por tanto, la asunción de deuda, en el sentido amplio que se ha dejado -

(10) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER: Notas al Derecho de obligaciones. de ENNECCERUS, T.II, vol. 1º, 2ª ed., 1954, pág. 144.

(11) id. pág. 431.

expuesto, puede ser considerada en nuestro Derecho, como un contrato, ya que para producir la modificación de una relación obligatoria, es necesaria la presencia de un acuerdo entre partes -consentimiento- "sobre un objeto cierto que sea materia del contrato" (artículo - 1.261- 2º) -la relación jurídica preexistente entre acreedor y deudor objeto de la modificación- y de cuyo acuerdo resultan personas obligadadas, pues la prestación del asumiente, en suma, es hacerse cargo de la obligación preexistenente del deudor, pues le sustituye.

Dicho así, parece claro que la asunción de deuda tiene como principal característica en nuestro Derecho, la de ser un contrato. Conclusión que no ofrece duda si el contrato no solo crea, sino que también modifica. Sin embargo, y dado precisamente que en nuestro Código civil, ni existe una definición del contrato en abstracto, ni tampoco una regulación específica, como contrato típico, de la asunción de deuda, surgen las dudas, como veremos a continuación :

Así, hay otros autores que, sujetándose a un mayor rigor interpretativo, entienden que en nuestro Código el contrato no puede tener otro sentido que el de fuente creadora de obligaciones (12), y sólo eso. Entre ellos, BELTRAN DE HEREDIA (José), enjuiciando el artículo 1.254 en relación con el artículo 1.088, a propósito de criticar y comentar una serie de sentencias del Tribunal especial de contratación en Zona roja (13), dice: "Pero debe decirse que nuestro Código civil sigue en este punto el sistema clásico puro, recogido más tarde por el Código civil francés (artículo 1.101) en el que se inspira el legislador español. Consiste este sistema en reducir el contrato al acuerdo de voluntades dirigido a la creación o nacimiento de relaciones jurídicas obligatorias. En efecto, según el artículo 1.254, "el contrato

- - - - -

(12) SANCHEZ ROMAN lo define en sentido muy estricto, como "Convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra o varias, recíprocamente, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer". Estudio de Derecho civil. T. IV, pág. 148 y s.

(13) Sentencias de 8, 13 y 20 de febrero de 1.945, entre otras.

existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a - dar alguna cosa o prestar algún servicio". Definición que debe ponerse en relación con el - artículo 1.088, el cual está indicando que "to da obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa". En su virtud, aquel obligarse del artículo 1.254 debe entenderse como "obligarse a ... dar alguna cosa, hacer o no hacer algo" (prestar algún servicio). Contrato, pues, exclusivamente obligatorio; y dentro de éste, ade más simplemente constitutivo de obligaciones. No tiene aquí cabida, ni la modificación, ni - mucho menos la extinción de relaciones obligatorias". Finalmente, y como consecuencia de es ta interpretación ajustada al texto, sentido - literal del Código, el citado Profesor llega a concluir: "Como consecuencia de esto, en nuestro sistema legislativo, debe afirmarse que un acuerdo de voluntades dirigido a extinguir una relación jurídica, no es verdaderamente un con trato, sino todo lo contrario" (14).

- - - - -
(14) BELTRAN DE HEREDIA (José): El cumplimien-
to... cit., p. 70 y s.

FERRANDIS sigue esta misma trayectoria como lo demuestra en sus notas a la obra de GINO GORLA: "En el texto se advierte que el término "contrato" se emplea en este libro en su más restringido significado, es decir, en el de "convención o acuerdo que engendra obligaciones". Pues bien, debemos advertir, por nuestra parte, que ese restringido significado es el que entre nosotros tiene siempre el contrato" (15).

Ahora bien, dado este sentido estricto del contrato como convenio de creación de relaciones obligatorias, incapaz de extinguirlas ni de modificarlas, y significando la asunción de deuda un convenio por el que se modifica una relación preexistente, parece evidente que dicha asunción de deuda sea un negocio jurídico no constitutivo de contrato, pues como dice el citado profesor BELTRAN DE HEREDIA "... pacto, convención, acuerdo o negocio jurídico bilateral. Estos, en nuestro Derecho positivo, quedan como

(15) FERRANDIS VILELLA: Notas a la obra de GINO GORLA: El contrato, Barcelona 1959. BOSCH, traducido por el mismo FERRANDIS de la 2ª ed. italiana: Il contratto. T.I. pág. 28.

el género del que el contrato es simplemente la especie" (16). Tal vez por ello, no aparezca el término contrato en el articulado relativo a la novación en sus dos acepciones de - extintiva y modificativa que, además, aparece regulada en la parte general de obligaciones (Capítulo IV, del Título I: "De las obligaciones", artículos 1.156 y 1.203 a 1.213).

Por el contrario, en aquellos Códigos civiles en que el concepto de obligación se extiende no solo a la creación de relaciones - obligatorias, sino también a la transmisión, modificación y extinción de las mismas, se regula la figura de la asunción de deuda, como verdadero y propio contrato. Así, el B.G.B. alemán define el contrato en el artículo 305: "Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa". Y en perfecta congruencia con dicho precepto - define la asunción de deuda en los 414 y 415:

- - - - -

(16) BELTRAN DE HEREDIA: El cumplimiento de las obligaciones. Madrid 1.956, pág. 71.

"Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante contrato con el acreedor de forma que el tercero se subrogue en la posición del anterior deudor" y "Si la asunción de deuda es pactada - por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación sólo puede realizarse si el deudor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación, las partes pueden modificar o invalidar el contrato", respectivamente. Lo mismo podemos decir del Código civil italiano, en que también es posible el contrato de modificación de relaciones obligatorias, según se desprende del contenido literal del artículo 1.321, que da al contrato la suficiente amplitud: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial". Y en armonía con el mismo, regula la asunción de deuda como contrato, bajo el nombre de "accollo", en el artículo 1.273, en el que, si bien en el primer inciso lo menciona con carácter genérico bajo la expresión de "convenzione", en el último inciso utiliza de modo específico el término "contratto", "In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e

può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale è avvenuta".

Pese a estas concepciones restringidas del contrato que observamos en algunos autores, como convenio, acuerdo o pacto para crear obligaciones (17), ¿es posible poder incluir la figura de la asunción de deuda dentro de su ámbito?. ¿Es posible conciliar ambas concepciones?. Creemos que sí, y ello por las razones siguientes:

a) El contrato es fundamentalmente un acuerdo entre partes -como dice el Código civil italiano (artículo 1.321: "Il contratto è l'accordo di due o più parti...")- y de dicho acuerdo surgen obligaciones.

b) La asunción de deuda es también un acuerdo entre partes (una de las cuales es siempre un tercero -el asumiente o asuntor- ajeno a la relación obligatoria preexistente entre un acreedor y un deudor; y otra parte es el acreedor o bien el deudor, supuestos respectivos de expromisión o de delegación).

- - - - -

(17) POTHIER escribe para el Derecho civil francés: "Una convención o un pacto (pues son términos sinónimos) es el consentimiento de dos o de varias personas para formar entre ellas alguna obligación, para extinguir una anterior o para modificarla: "La convención que tiene por objeto formar obligaciones es la que se llama contrato". En su obra Traité des Obligations, (nº 3) L. 1, parágr. 1 ff. de Pact.

c) De dicho acuerdo surge una obligación siempre para el tercero (asumiente). Obligación consistente en asumir, en tomar para sí (como dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española) la obligación del deudor.

d) El hecho de la asunción, o sea, el acto jurídico por el que se realiza la asunción, por el que se produce la sustitución del deudor por el tercero, quedando aquél liberado, por el que.. en definitiva, la relación obligatoria anterior se altera o modifica en su extremo pasivo, no significa otra cosa sino el cumplimiento de la obligación contraída, la consumación del contrato.

El cumplimiento de la obligación del tercero, es el hecho de asumir, y este hecho no es - otra cosa, sino el resultado del contrato. Como dice PUIG BRUTAU: "conviene no perder de vista la utilidad de distinguir entre la perfección y la consumación del contrato, que son momentos en todo caso susceptibles de quedar distanciados. Así, el acto por el que el comprador paga el - precio de la cosa comprada no debe quedar equi- parado a un contrato aunque habrá habido volun- tad de pagar y asentimiento por parte del acree

dor-vendedor, en el sentido de admitir el pago y extinguir el crédito. La equiparación nunca podría desvanecer esta diferencia, a saber, que si el pago se ajusta a lo pactado podrá tener lugar incluso contra la voluntad del acreedor por medio de la consignación (artículos 1.176 a 1.181 del Código civil), pues en ésta el pago por parte del deudor tiene lugar de manera netamente separada del pago del acreedor. Pero, en cambio, si con motivo de dar cumplimiento a la obligación de pago del precio debido, el comprador ofreciera al vendedor otra prestación distinta del precio convenido (v.g. una dación de bienes en pago), indudablemente se trataría de la celebración de un convenio novatorio equiparable al concepto de contrato porque se trata de algo que no complementa sino que altera lo primeramente convenido y ha de tener, por consiguiente, la misma jerarquía que el primer convenio" (18).

No obstante lo expresado, este autor se muestra decidido partidario de un concepto más amplio de contrato, considerado este en abstrac

- - - - -

(18) PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit. pág. 50.

to; estableciendo una relación entre el referido artículo 1.254 del Código civil y el número 1º del artículo 1.280 del mismo cuerpo legal: "Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles", y a este respecto dice: "tal vez en este caso no estará de más hacer notar que el contrato dirigido a crear, transmitir, modicar o extinguir un derecho real podrá ser el mismo contrato creador de una obligación" (19). Por lo que termina por concluir, sentando la siguiente tesis: "Creemos que, en definitiva, debe prevalecer el criterio que está expresamente proclamado en el artículo 1.321 del vigente Código civil italiano: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial" (20).

Finalmente, y en defensa de la tesis que restringe el concepto de contrato al convenio de creación de obligaciones, podemos manifes-

- - - - -

(19) PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit. pág. 49

(20) Id. pág. 51

tar que ello no es obstáculo para proclamar el carácter contractual de la asunción de deuda, y ello en función de las consideraciones siguientes :

Que si la asunción de deuda es la sustitución de un deudor por otro en una misma relación obligatoria, con liberación del deudor sustituido y permaneciendo la misma relación, es evidente que se ha producido una modificación (subjetiva-pasiva) en dicha relación. Pero, es también muy cierto que esta modificación de - ninguna manera ha sido producida en virtud de convenio entre las partes de la relación modificada, o sea, el acreedor y el deudor. Y si - no ha habido convenio -que es el género- no ha podido haber contrato -que es su especie-. La modificación se ha producido por la intervención de un tercero ajeno a dicha relación, es decir, en virtud de un convenio celebrado por el tercero (que es el único que siempre interviene, con carácter indispensable) ora con el acreedor, ora con el deudor. En virtud de este convenio, surge, desde luego, una obligación - para el tercero, la obligación de hacerse cargo de la obligación del deudor que, por ello, produce el efecto de quedar éste liberado. Y si -

este convenio es creador de obligaciones, cuyo efecto es la modificación de una relación jurídica de la que el asumiendo no era parte, es indiscutible que constituye contrato en el sentido más estricto en que podemos interpretar el tan repetido artículo 1.254 del Código civil.

La asunción de deuda es un contrato, cuyo concepto no es incompatible con la doctrina jurídica y que halla su posibilidad dentro del contenido del Código civil.

A mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial así lo califica, como puede comprobarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1.950, cuando en su segundo considerando dice: "que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea, el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo". Sentencia que, como vemos, viene a ratificar la tesis que sustentamos del aspecto o carácter contractual de la asunción de deuda.

En el mismo sentido se define la Sentencia de 16 de Junio de 1.908. Esta Sentencia no utiliza la expresión "asunción de deuda" (propia de la terminología alemana: "Schuldübernahme"), pero la contempla como un supuesto de subrogación convencional, de sustitución de deudores. También poco la define, pero, en cambio, la califica como un contrato a favor de tercero, lo cual se deduce de su primer considerando, que dice: "Considerando que el precepto del artículo 1.205 del Código, no significa ni requiere que el consentimiento del acreedor en el cambio de deudor, se haya de prestar precisamente en el acto mismo en que los deudores acuerdan la sustitución, porque siendo su notorio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor, basta con que éste manifieste dicho consentimiento en cualquier forma y momento, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente, por cuya razón, habiendo, "La Unión y el Fenix Español" requerido a la "Sociedad General Azucarera" para que le pague el importe de una prima de seguro pactado con la "Azucarera de Villaviciosa" es manifiesta la aplicación de dicho precepto legal sobre la base o supuesto de la existencia de la subrogación".

El referido Considerando, es consecuencia de la estimación que hace del undécimo Resultando, con el que se relaciona, y en el que, previa cita de la Sentencia de 7 de Mayo de 1.897 (relativa a la ratificación de los contratos, lo que en este caso supone la actitud del acreedor respecto al convenio o acuerdo de los deudores) dice: "al establecer y reconocer repetidamente que no puede menos de reputarse ratificado un contrato cuando la persona que ha de ratificarlo ejercita en juicio las acciones creadas a su favor por virtud del contrato mismo" (21).

Por todo ello, podemos concluir que la asunción de deuda es un negocio jurídico de especie contractual de acuerdo con la doctrina jurídica, la doctrina jurisprudencial y el propio sentido del Código civil español (artículo 1.254 en relación con los artículos 1.088 y 1.089).

(21) La expresión contenida en dicha sentencia "las acciones creadas a su favor" (a favor del acreedor) nos revela la naturaleza del contrato a favor de tercero.

CAPITULO SEGUNDO

Características del contrato de asunción de deuda:

1. Consensualidad.
2. Unilateralidad o bilateralidad.
3. Onerosidad o gratuidad.
4. Conmutatividad.
5. Problema en torno a la posible aleatoriedad del contrato de asunción de deuda. La - aleatoriedad en relación con la atipicidad.

Si, como se ha dejado hecho mérito, la asun
ción de deuda es un contrato, ésta ofrece como
tal una peculiaridad de caracteres que hemos in
cluído en la definición consignada al principio:
consensualidad, bilateralidad o unilateralidad,
onerosidad o gratuidad y conmutatividad.

1. Consensualidad: La asunción de deuda es
un contrato que se perfecciona por el mero con-
sentimiento, bien se produzca éste entre el -
acreedor y el tercero (procedimiento expromiso-
rio) bien entre éste y el deudor (procedimiento
delegatorio), asumiendo dicho tercero, en ese -
instante mismo, la obligación de que es titular
el deudor sustituído respecto a su acreedor. O
sea, la obligación existe en el nuevo deudor des
de el momento mismo en que ambas partes consien
ten, desde que se produce el concurso de la ofer
ta y de la aceptación sobre el objeto mismo en
que la asunción de deuda consiste, de acuerdo -
con lo prevenido para el consentimiento en los
contratos en el artículo 1.262 del Código civil,
en relación con el artículo 1.258 del citado -
cuerpo legal: "Los contratos se perfeccionan -
por el mero consentimiento, y desde entonces -
obligan no solo al cumplimiento de lo expresa-

mente pactado, sino también a todas las consecuencias...".

Si bien en el supuesto caso de asunción por delegación, o sea, cuando el contrato se celebra entre el deudor y el tercero, es requisito indispensable que el acreedor tenga conocimiento del contrato y lo ratifique, dá la impresión que el contrato de asunción no puede perfeccionarse hasta la concurrencia - de dicho requisito. Esto no es así, por cuanto el acreedor no es parte en el contrato de asunción de deuda. Lo único que sucede es que los efectos de dicho contrato no le afectan en tanto dicho acreedor no es parte en el contrato de asunción de deuda. Lo único que sucede es que los efectos de dicho contrato no le afectan en tanto dicho acreedor no acepte la sustitución de su deudor. El contrato ha nacido entre las partes contratantes, deudor y asumiendo, y sus efectos, respecto al acreedor quedan suspensos y no se producen hasta el acto de la ratificación por éste. Lo cual no puede interpretarse como supuesto de inexistencia del contrato, pues en definitiva, el asumiendo queda obligado respecto al deudor al -

cumplimiento de su obligación de pagar, en su momento, al acreedor, pues si no lo hiciere, podrá dicho deudor ejercitar sobre el asumierte, la correspondiente acción de cumplimiento. Lo que está en perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo citado 1.258: "y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado (efectos entre ellos mismos), si no también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fé, al uso y a la ley" (efectos respecto al acreedor en el supuesto de ratificación). La no ratificación del acreedor al contrato celebrado entre el deudor y el tercero, lo único que nos revela es la existencia de otro tipo de asunción de deuda, la denominada asunción acumulativa o acumulativa, o como dice nuestro Tribunal Supremo, asunción "interna". (1)

- - - - -

(1) Sentencia de 12 de Abril de 1.945. A la que llama también "promesa de liberación". (Vid. Considerando primero).

2. Unilateralidad o bilateralidad: El contrato de asunción de deuda puede ser unilateral o bilateral, en el sentido de generar obligaciones para una sola de las partes o para ambas.

Si la asunción de deuda es una operación consistente en el cese de un deudor para que ocupe su plaza un tercero, bien sea mediante acuerdo entre ambos (que el acreedor ratifica a fin de darle efectividad respecto a él y a la liberación del deudor), bien mediante acuerdo entre dicho tercero y el acreedor, parece prima facie, que el acuerdo es simplemente unilateral, porque sólo para el tercero (el asumiente) ha surgido una obligación: la que había de satisfacer en su día el deudor que, por ello, queda liberado. No parece que haya contraprestación por parte del deudor a cambio de su liberación, ni por parte del acreedor que sigue siendo titular de su derecho de crédito y a nada se obliga.

Sin embargo, el problema puede ser más complejo. El contrato de asunción de deuda, independientemente de la obligación de asumir, puede engendrar para la otra parte contratante otras obligaciones a cambio de la expresada, sin que

por ello lleve consigo la desnaturalización del contrato de asunción de deuda, destruyendo su propia finalidad: la de colocar a una persona, ajena a la relación obligatoria entre deudor y acreedor, en el lugar que viene ocupando aquél. Pero si contemplamos el elemento causal del contrato de asunción de deuda, que no tiene, ni tiene por qué tener relación con el elemento causal de la relación obligatoria sobre la que va a operar, dicho contrato (el de asunción de deuda) ha podido tener su origen en una compensación de derechos y obligaciones de la que trae su causa (ejemplo: contrato de transacción, de compraventa, de préstamo, etc.). En este caso, resultan obligadas ambas partes: el asumiente, a satisfacer en su día al acreedor la deuda del deudor, que ha adquirido, que le ha sido transmitida, valga la expresión, que ha hecho suya tomándola para sí, y el deudor, a no cobrar el crédito que tenía con el asumiente (compensación), o bien el acreedor a no exigir en su día al asumiente el cumplimiento de la obligación asumida por compensación de la que, a su vez, y con independencia de la relación que mantenía con el deudor liberado, era titular respecto a dicho asumiente de otra obligación, en virtud de una relación jurídica distinta. Por -

ello, la asunción de deuda tiene una trascendental importancia en el tráfico jurídico, en cuanto que representa una gran economía por la forma en que agiliza las transacciones. Han surgido reciprocidad de obligaciones en virtud de un solo negocio jurídico: el contrato de asunción de deuda.

En estos supuestos que contemplamos, es evidente que el contrato celebrado tiene carácter bilateral; bilateralidad que no viene expresada por el hecho de la intervención de dos o más personas, sino por el supuesto de generar obligaciones para ambas partes contrapuestas, para las partes concurrentes.

Por consiguiente, podemos concluir: que el contrato de asunción de deuda puede ser tanto unilateral como bilateral, según los casos, y que la unilateralidad o bilateralidad habrá que determinarla en función de la relación causal que le dá origen, o sea, si se han producido o no prestaciones recíprocas, lo que, a su vez, estará en perfecta concordancia con el aspecto gratuito u oneroso, respectivamente, de la relación asuntiva.

3. Onerosidad o gratuidad: Los contratos, atendiendo a su carácter patrimonial, o sea, a su función económica (2), pueden clasificarse en onerosos o gratuitos, llamados también estos últimos lucrativos, negocios de liberalidad e incluso con la expresión más impropia de negocios de "pura beneficencia" (3). Así, CASTAN, los clasifica y define: "Divídense los contratos a este respecto en onerosos y gratuitos. Los primeros son aquellos en que cada una de las partes aspira a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación. Los segundos (llamados también lucrativos, y, en términos menos propios, de beneficencia) son aquellos en que uno de los contratantes se propone propor-

- - - - -

(2) Partimos de la clasificación tripartita del negocio jurídico, en negocio jurídico de derecho familiar, negocio jurídico de derechos afectos a la personalidad y negocios jurídicos de contenido económico, o sea, los llamados negocios jurídicos patrimoniales.

(3) Así lo expresa el Código civil en el artículo 1.274, al referirse a la causa de los contratos: "...y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".

cionar al otro una ventaja sin equivalente alguno" (4).

Fijándose en el aspecto puramente económico, y refiriéndose a los negocios jurídicos patrimoniales en general, más que a los contratos específicamente considerados, dice DIEZ-PICAZO que, "Los negocios jurídicos que tienen por objeto determinar atribuciones patrimoniales (5) pueden clasificarse en negocios jurídicos onerosos y negocios jurídicos gratuitos (6).

(4) CASTAN: Derecho civil español, común y foral. 11ª Edición. Madrid 1974. T. III, págs. 428 y s.

(5) La expresión "atribución patrimonial" es un concepto utilizado y analizado por DIEZ-PICAZO a través de la obra de los alemanes BEKKER, REGELSBERGER, ENNECCERUS y VON TUHR; entendiéndose con este último que "en el concepto de atribución deben comprenderse aquellos negocios jurídicos y, eventualmente también, los actos de carácter o de naturaleza no comercial, por medio de los cuales una persona proporciona a otra una ventaja o un beneficio patrimonial". Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias. 1ª Ed. 1970 (reimpresión 1972), pág.71.

(6) DIEZ PICAZO- Fundamentos..., cit. pág. 70.

Los primeros -onerosos- suponen atribución patrimonial a cada una de las partes del contrato, existiendo, además, una correlación entre -dichas atribuciones -prestaciones y contraprestaciones-, o, dicho de otro modo, que exista entre el beneficio y el perjuicio que el sujeto -percibe y realiza, una relación de causalidad.

Los segundos, llamados también lucrativos o negocios de liberalidad, son aquellos en que una sola de las partes recibe una atribución -patrimonial sin dar nada a cambio (*praestare*).

En los primeros existe la reciprocidad. De aquí que se denominen también obligaciones recíprocas. En los segundos, la reciprocidad no existe.

Generalmente, los negocios jurídicos onerosos presuponen la bilateralidad. Y decimos, generalmente, por cuanto que a lo aducido puede -haber cierta excepción.

Por consiguiente, la onerosidad o gratuidad del contrato hay que deducirla de la existencia o no de atribuciones patrimoniales recíprocas.

Cosa distinta es la equivalencia de valores en la reciprocidad de las prestaciones (prestaciones y contraprestaciones), sobre todo para que pueda o no pueda entrar en juego las normas contenidas en el artículo 1.124 del Código civil, sobre la facultad que corresponde a una de las partes de resolver las obligaciones cuando son recíprocas. Creemos que no es necesaria la equivalencia o igualdad de valores de unas prestaciones y otras, sin perjuicio de que se realicen las unas en función de las otras. Este es el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de Febrero de 1.957 (7): Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 1.274 del citado Código civil, en el que se alegaba como fundamento que "las prestaciones recíprocas de los contratantes han de tener igual valor dinerario", el Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente en virtud del razonamiento que hace en el siguiente Considerando: "porque las obligaciones recíprocas, en cuya prestación o promesa se ha de entender, conforme al

- - - - -

(7) Citada por CASTAN en su obra Derecho civil..., cit., 11ª ed., 1.974, T.III, pág. 429, nota 1. Comentada por ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: La equivalencia de las prestaciones en el derecho contrActual. Madrid, 1.978, págs. 44 y ss.

artículo 1.274 del Código civil, que tiene su causa para cada parte contratante el contrato oneroso, son las que una a otra se contraponen, de tal modo que si una se incumple, no es exigible por el incumplidor la a ella contrapuesta, sin que las caracterice una equivalencia e igualdad de valoración que si hubiera de concurrir en todo contrato sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del mencionado Código" (8). En conclusión, el contrato se llama oneroso cuando es creador de obligaciones recíprocas, cuyos contenidos económicos no han de ser necesariamente de idéntico valor (9).

Entendida así la onerosidad y gratuidad de los contratos, nos preguntamos: ¿es oneroso el contrato de asunción de deuda?, ¿es por el con-

(8) En este mismo sentido, la Sentencia de 19 de Enero de 1.948.

(9) A este respecto, pueden consultarse las obras de FUENMAYOR: La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos. A.D.C., 1.950, págs. 1.181 y ss. PRADA GONZALEZ: La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos, A.A.M.N., T.XVI, Madrid 1968, págs. 255 y ss., especialmente págs. 278 y ss. LOPEZ JACOISTE: Sobre la aporía de la equivalencia contractual. en Homenaje al profesor F. de Castro, T.II, 1976, págs. 841 y ss. Y las de los italianos MOSCO: Onerosità e gratuità, Milano 1.942. TILOCCA: Onerosità e gratuità, en Riv.trim. di diritto e procedura civile, 1953, págs. 53 y ss.

trario gratuito?. ¿Puede, tal vez, conforme a su naturaleza, ser su característica el reves tir la doble condición de oneroso o de gratuí to, indistintamente?.

Al utilizar los mismos argumentos expues tos anteriormente sobre la doble característi ca de unilateralidad o bilateralidad (que no vamos a repetir) y dada la correlación de pres taciones, es indudable que por su origen puede revestir una cualquiera de estas dos modalidades. La prestación es el contenido de una obli gación (dar, hacer o no hacer, como dice el ar tículo 1.088 del Código civil). Si existen dos prestaciones recíprocas, es indiscutible que existen dos obligaciones. Si estas obligacio nes han surgido del mismo acto jurídico, o sea, del acuerdo o convenio de los sujetos contra tantes (el tercero con el acreedor o con el deudor), correspondiendo una obligación por cada parte, y, existiendo entre ellas una re lación de causalidad, el contrato será, pues, oneroso. Si, por el contrario, el tercero con trae la obligación de asumir la deuda del deu dor, con ánimo de liberalidad, sin esperar na da a cambio y nada a cambio recibe, el conve nio de asunción de deuda que celebra será, pues, un contrato gratuito. De aquí que, lo mismo que expusimos sobre unilateralidad o bilateralidad

de los contratos, que le es aplicable y por -
ello no vamos a repetir, la asunción de deuda
es un contrato que tiene como característica
el poder revestir una cualquiera de estas dos
modalidades, indistintamente, según los casos.

Por todo lo que respecto a los caracteres
de la asunción de deuda hemos dejado expuesto,
podemos concluir al modo como lo hiciera SAN-
CHEZ ROMAN respecto a la cesión de créditos -
(10), con la misma amplitud que iniciamos el
análisis de sus caracteres, comprobada su enor-
me variedad y alternatividad, emitiendo el si-
guiente concepto: contrato consensual, bilate-
ral o unilateral, oneroso o gratuito, conmutati-
vo, en virtud del cual un tercero (asuntor o
asumiente), mediante acuerdo expromisorio o de-
legatorio con el acreedor o con el deudor, res-
pectivamente, y en este caso consentido por el
acreedor, sustituye al deudor en la relación jurí-
dica preexistente, liberándole de su obligación -

- - - - -
- (10) SANCHEZ ROMAN, nos define la cesión de crédi-
tos con amplitud de caracteres del siguiente
modo: "un contrato consensual, bilateral o -
unilateral, oneroso o lucrativo, conmutativo
o aleatorio, por el que una persona transmi-
te a otra los derechos y acciones que le com-
peten contra un tercero, recibiendo o no del
cesionario un equivalente".

4. Conmutatividad: En la definición extensiva que del contrato de asunción de deuda hemos dado al principio, hemos incluido el carácter de la conmutatividad.

Y en efecto, si por conmutatividad entendemos que cada parte en un contrato tiene un conocimiento formal de la certidumbre y determinación de la equivalencia de sus prestaciones, desde el momento mismo de la perfección del contrato, en contraposición de lo que por contrato aleatorio se ha de entender, el contrato de asunción de deuda es un contrato ordinariamente conmutativo.

¿Puede, sin embargo, ser el contrato de asunción de deuda aleatorio?. La respuesta no es nada fácil debido a la complicada problemática de la distinción entre conmutatividad y aleatoriedad. Su diferencia es algo que se nota, que se presiente, pero fijar los límites de la aleatoriedad es tarea difícil, por ser confusa. Como observa CASTAN: "Si se les define como aquellos en que hay un riesgo de ganancia o pérdida, no resultan bien delimitados, pues el alea puede encontrarse en un gran número de contratos, por ejemplo, en la compraventa o en la sociedad. Y

si se les caracteriza como aquellos en que la prestación o prestaciones no están determinadas, sino que dependen de un acontecimiento - incierto, se les confunde con los contratos - condicionales" (11).

Buena prueba de ello, es la imprecisión de la definición contenida en nuestro propio Código civil, artículo 1.790: "Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer para el - caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado", que tantas y tantas críticas ha suscitado en la doctrina jurídica y que solo puede justificarse como valor descriptivo. Esto ha motivado que por algunos Códigos más progresistas ni se definan, ni se describan, excluyéndolos de un apartado específico, y regulando independientemente algunas especies de contratos aleatorios más importantes, como sucede, a título de ejemplo, en los Códigos alemán, italiano, suizo (Código de las Obligaciones) y en el vigente Código civil portugués (12), pese a que, tal vez, el Código

- - - - -
(11) CASTAN: Derecho civil..., cit. t. XVI, 1969 9ª ed. (reimpresión), pág. 646.

(12) El Código civil portugués, fué aprobado - por Decreto-ley nº 47344 de 25 de noviembre de 1966.

Con lo que, creemos, queda suficientemente contestada y aclarada la primera objeción que habíamos formulado.

Nos habíamos planteado también, junto a lo anterior, una segunda cuestión, consistente en si pueden o no existir en nuestro Derecho, contratos aleatorios atípicos.

Esta cuestión la planteamos, porque, como más adelante expondremos, la asunción de deuda es una figura atípica en nuestro Derecho positivo, ya que ni la expresión siquiera aparece recogida en el Código civil. Y, si como por otra parte la hemos definido como contrato, cuyos caracteres contractuales estamos analizando en este momento, quiere decirse que - estamos contemplando un ejemplo de la especie de los contratos atípicos.

Por consiguiente, si sostenemos que el - contrato de asunción de deuda es una figura - atípica y puede ser aleatorio en determinados casos, es evidente que estamos aportando el - ejemplo de contrato aleatorio atípico. De aquí la pregunta que ya nos formuláramos a título de objeción: ¿pueden existir en nuestro Derecho contratos aleatorios atípicos?.

insolvencia del nuevo deudor es algo que puede ocurrir y que de ocurrir solo afectaría al acreedor. ¿Podría, por esto mismo, calificarse de - aleatorio y no de conmutativo el contrato de - asunción de deuda?. Entendemos que no, pues este riesgo es común a toda clase de negocio jurídico basado en la flaqueza humana, como algo - ajeno a la relación obligatoria que se constituye (13). Otra cosa distinta sería que los sujetos, de común acuerdo, introdujesen un álea como elemento componente de la relación contractual. Una cosa es que los contratos estén sujetos a los riesgos propios que puedan acaecer durante el proceso de su vida (desde la perfección hasta la extinción), y otra cosa muy distinta es que el riesgo juegue en el contrato el papel de protagonista, como riesgo causal del mismo, es decir, que la relación entre partes se concierte en función del propio riesgo. Como dice MANRESA:

"Por donde la característica verdadera del grupo aleatorio estriba, principalmente, en que al - tiempo de la celebración del contrato no esté - bien determinado ni sea cuantitativamente apreciable el interés pecuniario de las prestacio-

- - - - -

(13) Vid. PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho civil, T. II, vol. I, Barcelona 1954, pág. 478

nes" (14), o como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1.911 (15), al querer diferenciar los contratos aleatorios de los conmutativos en que en los primeros el equivalente de los que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, como en los segundos, desde el momento de su celebración (16).

No obstante la afirmación que hemos consignado de que el contrato de asunción de deuda es ordinariamente conmutativo y no aleatorio, a pesar del riesgo que pueda suponer para el acreedor la insolvencia del nuevo deudor que sustituye al antiguo en la relación obligatoria que sobrevive al expresado cambio, cabe preguntarse, ¿puede sin embargo añadirse un álea al contrato de asunción de deuda de tal forma que lo transforme en contrato aleatorio, o, mejor dicho, que los constituya co-

- - - - -
(14) MANRESA Y NAVARRO: Comentarios al Código Civil Español. T.XII, 6ª ed. revisada por GOMEZ YSABEL. Madrid 1973, pág. 6.

(15) Recogida por RODRIGUEZ NAVARRO: Doctrina civil del Tribunal Supremo. T.II. Aguilar. Madrid 1961, pág. 5927.

(16) Vid. VAZQUEZ BOTE: Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios en el Código Civil. En R.C.D.I. 1969, págs. 356 y s.

mo contrato aleatorio?. Creemos que sí, que no hay obstáculo para ello. En efecto, puede resultar que la relación obligatoria entre un deudor y un acreedor sea aleatoria en el sentido de - que el cumplimiento de la obligación por parte del deudor puede depender de un evento, puede - estar sometido a un alea. La asunción de deuda cabe operarse lo mismo sobre una relación obligatoria de carácter conmutativo como de carácter aleatorio. Si en un supuesto concreto se trata de una relación aleatoria y el asumierte, mediante el contrato de asunción de deuda, se coloca en el lugar del hasta entonces deudor, permaneciendo la relación obligatoria la misma -in idem debitum- ésta no perderá el carácter aleatorio que tuviere. Lo mismo si es conmutativa. Por consiguiente, si la relación sobre la que se opera la asunción de deuda es aleatoria, aleatorio será, por tanto, el contrato de asunción de deuda. Máxime, si, como más adelante demostraremos, la asunción de deuda es un contrato abstracto, y por ello, las excepciones que el asumierte hará valer contra el - acreedor, no serán las propias del contrato de asunción, sino las derivadas de la relación - obligatoria sobre la que se opera, o sea, las que pudieran corresponderle al deudor salien-

te, las que este pudiera oponer a su acreedor caso de haber seguido en dicha relación.

En conclusión, podemos decir que en esta materia, la asunción de deuda asume, además, la característica conmutativa o aleatoria de la relación obligatoria sobre la cual opera. Si conmutativa es ésta, conmutativa será aquella; si aleatoria es aquella, aleatoria será, también, esta.

No obstante lo dicho, pueden formularse a esta teoría las siguientes objeciones:

1ª. ¿Es condición necesaria para la aleatoriedad que el contrato sea oneroso?.

2ª. ¿Pueden existir, en nuestro Derecho, contratos aleatorios atípicos?.

Respecto a la primera cuestión que se plantea, se puede decir que la mayoría de la doctrina jurídica se muestra unánime en considerar la onerosidad como condición necesaria para los - contratos tanto conmutativos como aleatorios, - tanto por parte de autores españoles como extranjeros. Así, MANRESA, al darnos una clasificación y concepto de ambos contratos se expresa de tal forma: "considerando el grupo de los contratos onerosos, esto es, de aquellos en que cada una

de las partes obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar y que se reputa - equivalente - con lo cual ambos contratantes - tienen un interés pecuniariamente apreciable-, considerando este grupo, repetimos, se advirtió que interinamente comprendía otros dos términos, porque a las veces el equivalente pecu^uniario de la contratación está bien determin^ado desde el momento mismo de la celebración - del contrato, al paso que otras no lo están, dependiendo su determinación de un acontecimiento venidero.

Púsose por nombre a los primeros, contratos conmutativos, y a los segundos, el de aleatorios, dando raíz a esta denominación una antigua palabra latina, alea, que quiere significar tanto como riesgo, azar o suerte" (17). En igual sentido. "Los contratos aleatorios (de alea, suerte) se contraponen a los conmutativos en la clasificación de los contratos onerosos" (18). "Los contratos onerosos se subdividen en

(17) MANRESA Y NAVARRO: Comentarios..., cit. T. XII, pág. 6.

(18) CASTAN: Derecho civil..., cit., T. IV, págs. 644 y s.

conmutativos y aleatorios o de suerte" (19).Y entre los italianos, RUGGIERO, hace también la doble clasificación partiendo del carácter oneroso: "Los contratos a título oneroso se subdistinguen a su vez en aleatorios o de suerte y conmutativos" (20). Con sentido más imperativo, dice DIEZ-PICAZO: "Los negocios - aleatorios son siempre negocios onerosos, porque en ellos cada una de las partes busca su propia utilidad o su propia ventaja y el doble juego de atribuciones forma parte del esquema negocial" (21) y, señala como uno de los caracteres más destacados, la onerosidad: "La onerosidad. Las obligaciones que asumen las partes son recíprocas y sinalagmáticas. La una tiene por causa la obligación asumida por la otra parte" (22).

- - - - -
(19) ESPIN: Derecho civil español. Madrid 1959, vol. 3º, págs. 401 y s.

(20) RUGGIERO: Instituciones de Derecho Civil, trad. de la 4ª ed. italiana por SERRANO SUÑER y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, T. II, T. II, vol. 1º, págs. 267 y s.

(21) DIEZ-PICAZO: Fundamentos..., cit. pág. 73

(22) DIEZ-PICAZO y GULLON: Sistema de Derecho civil, Vol. II. págs. 414 y s.

El propio artículo 1.970 del Código civil, aunque no utiliza el término oneroso, parte de este presupuesto, cuando prescribe que, "... se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer..". Expresión ésta, la de este artículo, que arrancó el siguiente comentario: "El artículo 1790 define el contrato aleatorio como si fuese más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el artículo 1.274, al decir - que una de las partes o ambas recíprocamente - se obligan a dar o hacer una cosa en equivalencia de los que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (com. con el art. 1.274). Esta impresión favorable a su consideración como oneroso, se refuerza al ver - que el Código deja de lado la regla que lo eximía de la rescisión por lesión, contenida en el Proyecto de 1.888 y que, en cambio, se han recogido del Proyecto de 1.851 los innovadores artículos 1.406 y 1.411. Ello, no obstante, parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa" (23).

(23) DE CASTRO, F: El negocio jurídico, Madrid 1967, págs. 273 y s.

Con el fin de no extendernos más, pues la relación de autores se nos haría interminable, podemos resumir esta cuestión que por medio de un interrogante nos habíamos planteado con la transcripción literal de SCAEVOLA: "Quien otorga un contrato aleatorio, de los que deben regirse por ordenación de tales, habrá de hacerse la siguiente composición de lugar, que hemos - apuntado ya: "incierto es per se el resultado de este contrato, es decir, si ganaré o perderé en él; pero lo otorgo con ánimo de una ganancia o de evitar un mal en trueque de un desprendimiento que hago o también bajo una condición que prometo, y análoga es, recíprocamente, la incertidumbre del que contrata conmigo" (24).

Mas, si la asunción de deuda, como hemos dejado expuesto, es un contrato, y, además oneroso, puede, como tal, y por aplicación de todo lo razonado en este aspecto, clasificarse en conmutativo y aleatorio, como los demás contratos de este carácter, según responda, en cada caso concreto, a la existencia o no de un - alea como constitutiva del mismo, como elemen-

(24) SCAEVOLA: Código civil, T. XXVIII. Madrid 1.953, pág. 21.

to causa, como su base y fundamento, del que dependa la pérdida o ganancia para uno u otro o para ambos de los sujetos de la relación - obligatoria. El asumiente, al hacerse cargo - de la deuda de un deudor, introduce en su patrimonio un elemento pasivo, algo que hay que restar del activo, un valor negativo. Si por un evento, no tuviere que hacer efectiva la prestación de la obligación asumida, quedará eliminado de su patrimonio una partida que - le restaba, lo cual, al no producirle una - pérdida, se traducirá en una ganancia.

Sin embargo, hemos sostenido en el apartado anterior (apartado 3), que el contrato de asunción de deuda puede ser tanto oneroso como gratuito. Si en este último caso la asunción de deuda deviene contrato gratuito, nos preguntamos , ¿puede ser aleatoria dicha asunción?. Con arreglo a la doctrina jurídica de que hemos dejado hecho mérito, es indiscutible que no. No obstante, hay autores, como FEDERICO DE CASTRO, que dan muestras de cierto recelo hacía la necesaria condición onerosa de los contratos para ser aleatorios: "parece imposible aceptar -dice el referido autor- que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al

régimen propio de la causa onerosa", lo que - viene corroborando aún más con una relación de ejemplos: "En primer lugar, y sin necesidad de traer a cuenta los aleatorios atípicos, alguno de los mismos contratos regulados legislativamente, muestran que no caben en la definición del artículo 1.790; así, por ejemplo, la renta vitalicia a título gratuito (art. 1807), el contrato a la gruesa (art. 719 del C.c.) o la apuesta unilateral (art. 1.799). Por el contrario, el contrato de seguro (art. 1.791, C.c., art. 380 C. de c.), normalmente (pues podría también ser con un particular que hiciese un solo seguro) significa la compra de la liberación de un riesgo por el asegurado, mientras que la Compañía aseguradora tampoco corre riesgo, pues lo ha eliminado, mediante el cálculo de probabilidades y el reaseguro. En el juego mismo, las más de las veces no hay tampoco verdadera equivalencia de las promesas, dada la - desproporción entre las respectivas probabilidades (p.ej., rifa de beneficencia, en la que los premios carecen de valor).

En segundo lugar, la particularidad de estos negocios puramente aleatorios salta a los

ojos, al considerar su significado patrimonial. Hecha la jugada o decidida la apuesta, el patrimonio de quien gana, se enriquece sin sacrificio o con uno insignificante, y el de quien pierde se empobrece sin contraprestación alguna. De ahí que falta a su deber el representante legal o administrador de patrimonio ajeno que "coloca" el dinero de su representado en juegos de azar, aún de los lícitos o permitidos (carreras de caballos, quinielas, lotería, Jai-Alai, p.ej.)" (25).

Del mismo modo se observa esta interrogante en otro civilista, DIEZ-PICAZO, discípulo del anterior, cuando dice: "Sin embargo, como resultado del evento, puede ocurrir que un negocio aleatorio dé lugar de facto a una atribución que carezca de su correspondiente" y pone como ejemplos el juego y la compraventa de esperanza, "el jugador paga sin obtener nada - dice el autor-; el comprador de la spes paga el precio de la cuenta" (26).

- - - - -

(25) DE CASTRO: El negocio..., cit.págs. 273 y s.

(26) DIEZ-PICAZO: Fundamentos..., cita.pág. 73

Poco importa, sin embargo, esta discriminación entre onerosidad y gratuidad a efectos de la posible aleatoriedad en el contrato de asunción de deuda. El carácter oneroso o gratuito del contrato de asunción de deuda resulta indiferente para el mismo, ya que, como veremos en su momento oportuno, este contrato puede revestir naturaleza abstracta, en cuyo caso se inhibe de su elemento causal, desplaza su causa (lo cual no debe interpretarse en el sentido de que carezca de causa) y toma, por ello, sobre sí, las características y elementos de la relación obligatoria sobre la que el contrato de asunción de deuda opera.

De tal modo es esto así, que la aleatoriedad del contrato de asunción de deuda, no está en función del propio contrato, sino de la obligación que asume, la cual puede ser aleatoria o no. Por el contrato de asunción de deuda no solo se asume la obligación, sino hasta el carácter mismo que la obligación tuviere; (se dice: la obligación permanece igual y la misma); de tal forma es esto así, que si la obligación asumida es aleatoria, aleatorio resultará el contrato de asunción de deuda. Por ello, puede resultar que el contrato de asunción de deuda tenga

carácter gratuito y ser, con independencia de este carácter, aleatorio. De aquí que formularemos la tesis de la indiferencia que la onerosidad o gratuidad de este contrato en concreto, representa respecto a la aleatoriedad del mismo. Lo cual, a su vez, no desvirtúa para nada, y así lo entendemos, la doctrina jurídica que proclama la base onerosa como condición indispensable para la clasificación de los contratos conmutativos y aleatorios. Consideramos que son, para este caso, perspectivas distintas.

Así, puede ocurrir que, de un lado, entre un deudor y un acreedor exista una relación jurídica obligatoria de carácter aleatorio por su procedencia, por su origen oneroso. Entre los mismos, naturalmente, una relación de equivalencia en el sentido de que lo que para uno se pierde, para el otro se gana, como dijo un autor: "Más o poco que se medite, se comprenderá cómo el riesgo surte sus efectos para los dos contratantes, en cuanto que, si una de las partes gana, perderá la otra" (27), o como establece otro al referirse a los caracteres del contrato

- - - - -
(27) DE DIEGO: Instituciones de Derecho civil español. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de COSSIO Y CORRAL y Antonio GULLON BALLAESTEROS. Madrid 1959. Tomo II, pág. 333.

aleatorio. "Si el álea consiste en la posibilidad de una ganancia inseparable de una pérdida (ambas eventuales cuando se perfecciona el contrato), no hay duda de que las partes están - obligadas mutuamente" (28). De otro lado se establece una relación obligatoria -contrato de asunción de deuda- entre el deudor de la relación anterior -ponemos por caso- y un tercero -el asumiente-, en virtud de la cual, y por un acto de liberalidad de éste, (también por un - acto lucrativo), sin recibir prestación alguna, el tercero asume la obligación del deudor (aleatoriedad). El contrato de asunción de deuda - que se ha celebrado es gratuito y no oneroso, y sin embargo, el asumiente, al hacerse cargo de la obligación del deudor corre el riesgo de tener que satisfacer o no la deuda de dicho deudor, sin que, por tanto, el resultado que el - riesgo representa para el asumiente, afecte en modo alguno al patrimonio de un deudor que, por el procedimiento de la asunción de deuda, ha quedado totalmente liberado. Estamos, por consi

- - - - -
(28) DIEZ-PICAZO; y GULLON BALLESTEROS: Sistema.
cit., págs. 414 y s.

guiente, ante un supuesto de contrato gratuí -
to, por el que una de las partes asume un riesg
go sin su correspondiente, sin razón de equivalenci
cia alguna.

En conclusión, y dado que la asunción de -
deuda es un contrato en virtud del cual uno de
los sujetos -el asumiente- se coloca en la si-
tuación y circunstancias del deudor preexistente
te, tomando para sí (29) la deuda como elemen-
to pasivo de una relación jurídica obligatoria,
es obvio que el contrato de asunción de deuda
se configura con arreglo al carácter y natura-
leza de la relación obligatoria objeto de la -
asunción. Por lo que podemos afirmar, en defi-
nitiva, respecto a la conmutatividad y aleato-
riedad, lo mismo que afirmábamos respecto a la
bilateralidad y unilateralidad y, también, res-
pecto a la onerosidad y gratuidad. O sea, que
el contrato de asunción de deuda es conmutati-
vo, pudiendo ser también aleatorio, pero siem-
pre en función de la relación obligatoria so-
bre la que se opera y tiene efectividad.

- - - - -

(29) Asumir, según el Diccionario de la Real
Academia de la Lengua Española, significa
ca "tomar para así".

Con lo que, creemos, queda suficientemente contestada y aclarada la primera objeción que habíamos formulado.

Nos habíamos planteado también, junto a lo anterior, una segunda cuestión, consistente en si pueden o no existir en nuestro Derecho, contratos aleatorios atípicos.

Esta cuestión la planteamos, porque, como más adelante expondremos, la asunción de deuda es una figura atípica en nuestro Derecho positivo, ya que ni la expresión siquiera aparece recogida en el Código civil. Y, si como por otra parte la hemos definido como contrato, cuyos caracteres contractuales estamos analizando en este momento, quiere decirse que - estamos contemplando un ejemplo de la especie de los contratos atípicos.

Por consiguiente, si sostenemos que el - contrato de asunción de deuda es una figura - atípica y puede ser aleatorio en determinados casos, es evidente que estamos aportando el - ejemplo de contrato aleatorio atípico. De aquí la pregunta que ya nos formuláramos a título de objeción: ¿pueden existir en nuestro Derecho contratos aleatorios atípicos?.

Pero para contestar afirmativamente a esta pregunta, hemos de analizar unos presupuestos necesarios y previos:

1º. Si nuestro Derecho sólo contempla un númerus clausus de contratos, o por el contrario son posibles y tiene cabida en él los contratos atípicos.

2º. Si el contrato de asunción de deuda es o no un contrato atípico, pudiendo, en este último caso, ser válido y tener de algún modo cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

3º. Y, solo así, podremos finalmente, analizar el problema último de, si es posible o no que la asunción de deuda por su carácter - contractual atípico sea compatible con la nota de aleatoriedad.

Mas, como quiera que la nota de atipicidad es, como decimos, presupuesto previo y - constituye uno de los caracteres del contrato, quiere decirse que la respuesta a la pregunta de si el contrato de asunción de deuda, como contrato atípico, puede por esto mismo, ser aleatorio, ha de quedar relegada al análisis previo de la atipicidad.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1.906, declaraba de modo taxativo la imposibilidad de contratos aleatorios de naturaleza atípica, al decir en uno de sus Considerandos: "No cabe admitir otras obligaciones contractuales de carácter aleatorio que las establecidas en el título 12 del libro 4º".(30).

Sin embargo y pese a este criterio jurisprudencial que, por supuesto, no es reiterado, entendemos que si los contratos atípicos tienen cabida en nuestro Derecho, no hay razón alguna para negarles la posibilidad de su carácter aleatorio; que la aleatoriedad vaya a ser privilegio exclusivo de los contratos típicos o normados.

Así, el propio Tribunal Supremo rectifica el criterio sustentado en 1.906, en Sentencias de 30 de Diciembre de 1944 y 19 de Octubre de 1.955 (31). De ellas, es contundente la de 30 de Diciembre de 1944, que se opone de forma directa a la de 27 de Junio de 1906, que menciona en su séptimo Considerando, cuando dice:"que dicha sentencia hace solo de manera incidental

(30) RODRIGUEZ NAVARRO: Doctrina Civil del Tribunal Supremo. Aguilar 1961, T.III, pág.5927.

(31) Citadas por DIEZ-PICAZO: Sistema.., cit. pág.414.

esta declaración, inspirada en criterio no acogido a ninguna otra sentencia, ello aparte de - que no puede atribuirse el rango de doctrina legal útil para apoyar un recurso de casación a - la contenida en una sola sentencia", por lo que en definitiva, corrobora la tesis de la admisibilidad del carácter aleatorio en los contratos atípicos".

VAZQUEZ BOTE se pronuncia en igual sentido: "Pueden ser objeto de los contratos aleatorios todas aquellas entidades que pueden quedar sometidas a riesgos de siniestro en su existencia y, en general, cualquier actividad que no esté expresamente prohibida por la ley (32).

De lo que se deduce que si la asunción de - deuda es un contrato atípico, no por ello ha de estar imposibilitada para tomar el carácter aleatorio como cualquier otro contrato; lo cual está en perfecta armonía con el mecanismo de la aleatoriedad que hemos dejado expuesto.

- - - - -

(32) VAZQUEZ BOTE: Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código civil. R.C.D.I. 1.969, pág. 359.

CAPITULO III

La atipicidad del contrato de asunción de deuda.

Otro de los grandes problemas que se suscita en torno a la figura de la asunción de deuda, es si ésta debe comprenderse o no dentro del grupo de los llamados contratos atípicos.

No es nuestro propósito, por no ser objeto de nuestro estudio, hacer un análisis profuso, más o menos acabado, de los referidos contratos atípicos (1), conocidos también bajo la expresión de contratos "innominados".

- - - - -
- (1) Para un mejor conocimiento de los contratos atípicos, pueden consultarse las siguientes obras: DE CASTRO, F.: el negocio jurídico, Madrid, 1967, págs. 201 a 203 y 205 y ss. CASTAN: Derecho civil español, común y foral, Madrid, 1943, vol 2º, págs. 592 y ss. Id. 1ª ed., Madrid 1974, T. III, págs. 32 y ss. Y también la 10ª ed., Madrid, 1977, T. IV, págs. 16 y ss. PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho civil, T. II, vol. 1º, págs. 400 y ss. DIEZ-PIEZO: Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Madrid 1972, págs. 239 y ss. ENNECCERUS: Derecho de obligaciones, vol. 2º, 3ª ed. págs. 3 y ss. Y especialmente los trabajos de FUBINI: Contribución al estudio de los contratos complejos, en R.D.P., traducción de A. POLO 1931, págs. 1 y ss. ORTEGA PARDO: Cuasi-contratos atípicos, en A.D.C., 1948, Págs. 493 y ss. específicamente las págs. 509 a 515. JORDANO: Los contratos atípicos, en R.G.L.J., julio-agosto 1953.

ro tampoco podemos ni debemos rechazar la idea de dejar sentado su concepto, señalar sus fundamentos y determinar, sobre todo, la posibilidad de su reconocimiento dentro del ordenamiento civil español, máxime si pretendemos descubrir la naturaleza atípica de que, según creemos a priori, está dotado el contrato de asunción de deuda; especialmente, si pensamos que precisamente por ser un contrato atípico habremos hallado uno de los fundamentos de la tesis de la admisibilidad de la asunción de deuda en el Código civil - español.

Si bien los contratos atípicos fueron conocidos en el Derecho romano, aunque tardíamente y de modo relativo (Derecho romano postclásico) (2), pasan, sin embargo, a nuestro Derecho, con una significación diferente. Pues mientras en aquel

- - - - -

- (2) Para un estudio de los contratos "innominados" en el Derecho romano, pueden consultarse las obras de PEROZZI, S.: Le obbligazioni romane. Bologna, 1903. DE FRANCISCI, P.: Sinalagma. Storia e dottrina dei cosiddetti innominati. Pavia, 1.913. VOCI, P.: Dottrina romana del contratto. Milano, 1.946, págs. 231 a 285. GIFFARD, A.E.: Les idées d'Ariston sur les contrats innominés. Paris, 1950, GROSSO, G.: Il sistema romano dei contratti. 3ª ed. Torino, 1963, pág. 163-170.

Derecho eran "innominados" porque carecían de un "nomen iuris", en nuestro Derecho vigente se prefiere el término atípico, porque lo que interesa es el supuesto de hecho de no estar regulados por la ley, sin importar el nombre.

Esta diferente concepción es unánime en la doctrina jurídica. Así, DIEZ-PICAZO los define: "Son atípicos aquellos contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa" (3), o en sentido más estricto "se entiende por contrato atípico el que no está concretamente dotado de normas legales específicas" (4), y, pretendiendo resaltar, precisamente, la diferencia entre esta nueva concepción vigente respecto a la propia del Derecho romano, define CASTAN los contratos atípicos del modo siguiente: "Contratos nominados -o típicos, según el tecnicismo que va prevaleciendo- son los que tienen individualidad y reglas especiales en la ley. Innominados ó atípicos, los que, faltos de individualidad y re

- - - - -
(3) DIEZ-PICAZO: Fundamentos..., cit. pág. 240

(4) PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit. T. II, vol. 1º, pág. 408.

glamentación legal, se rigen por las normas legales de la contratación" (5).

La presencia de los contratos atípicos encuentra su fundamento en una doble consideración: Objetiva la una y netamente jurídica la obra.

El primer aspecto, es producto de un supuesto fáctico: la necesidad que las personas tienen en su constante vida de relación, de crear las fórmulas más idóneas para el logro de sus fines económicos. El Derecho no puede estorbar en modo alguno, sino todo lo contrario, contemplar estas situaciones y asimilarlas de alguna manera. Como dice FUBINI: "Los intereses superiores del comercio exigen que el negocio jurídico legalmente concertado tenga ejecución en la forma en que haya sido consentido (6). Hasta tal punto ocurre esto así, que podemos contemplar no solo una atipicidad radical o absoluta con la creación de fórmulas totalmente nuevas que dan lugar a contra-

(5) CASTAN: Derecho civil.., cit. Madrid 1.943 vol. 2º, págs. 592 y s.

(6) FUBINI: Contribución al estudio de los contratos complejos, en R.D.P. 1931, pág. 2

tos enteramente independientes de los prototipos legales, sino que estos mismos contratos típicos están sujetos, a veces, a diversas innovaciones por parte de los sujetos que contratan, agregando cláusulas especiales que, los desfiguran, hasta el punto de ser difícil averiguar con cuál de los contratos-tipo tienen algún parentesco.

Son tantas y tantas las innovaciones y variaciones que se pueden realizar en materia contractual como fuente creadora inagotable de - obligaciones, que la mente y la voluntad humana son capaces de originar contratos perfectos, acabados, bien como producto de su más absoluta creatividad (contratos atípicos puros o absolutamente atípicos), bien mediante la construcción de un contrato utilizando elementos - que pertenecen a tipos de contratos diferentes (contratos mixtos), ya mediante la combinación de varios contratos típicos en un contrato único y nuevo, distinto de los anteriores (contratratos coligados), ya mediante el aprovechamiento parcial de prestaciones pertenecientes a un tipo contractual preexistente.

Todas estas series de inventos y aleacio-

nes contractuales o de elementos de contratos, son los que han originado una rica e importante gama de contratos -los contratos atípicos-, produciendo una gran eclosión del Derecho que se vé en la necesidad de agilizarse, abandonando criterios rígidos para contemplar y comprender relaciones obligatorias de contenido patrimonial dignas de protección, de ser tuteladas por el referido Derecho.

La doctrina jurídica se afana en la contemplación de toda la serie de modalidades que la vida de relación nos ofrece, sobre todo a consecuencia del creciente aumento y complejidad del tráfico comercial, procurando agrupar dicha serie de modalidades mediante el sistema de la clasificación, sometiendo a análisis sus características, para buscar, al mismo tiempo, el régimen legal aplicable en cada modalidad de contrato atípico resultante.

Como dice FUBINI: "Estas disposiciones, con las cuales se sanciona el principio de la libertad de contratación, vienen a indicar que el derecho puede tener confianza en las libres

estipulaciones de las partes, pudiendo hacer de los individuos, bajo las condiciones generales determinadas por la ley positiva, los mejores reguladores jurídicos de los propios intereses, reconociendo en esta función una amplia competencia" (7). O como dice DESANTES, a propósito del contrato atípico de edición: "La ley puede dejar sin regular el contrato de edición. Pero el ordenamiento jurídico - tiene horror al vacío. Manejado técnicamente, es capaz de llenar con su sustancia normativa las posibles lagunas que, de propósito o no, ha dejado el legislador" (8). O como también manifiesta DIEZ-PICAZO con igual propósito: "Presuponen previamente, la consagración de las reglas de la libertad contractual, y de la fuerza creadora de la voluntad indi-

- - - - -

(7) FUBINI, R.: Contribución al estudio de los contratos complejos. en R.D.P., 1.931, trad. de A.POLO, pág. 1.

(8) DESANTES, J.M.: La relación contractual entre autor y editor. Ediciones Universidad de Navarra. S.A., Pamplona, 1970, pág. 33

vidual" (9). O bien, a virtud del principio normativo de carácter general y amplio que el citado FUBINI establece como base y fundamento para la aplicación de un régimen legal: "Los intereses superiores del comercio exigen que el negocio jurídico legalmente concertado tenga ejecución en la forma en que haya sido consentido" (10).

Todas estas expresiones que recogemos de la doctrina jurídica, nos revelan la existencia fáctica, la fundamentación jurídica y la regulación legal del referido contrato atípico.

Respecto al Derecho civil español, hay que decir que no existe en nuestro Código una norma específica y concreta por la que se admitan, definan y regulen los contratos atípicos, ni tampoco se señalen los principios básicos en los que poder estructurar una determinada clasificación en atención a las diferentes modalidades o variedades que los mismos pueden presentar. -

- - - - -

(9) DIEZ-PICAZO: Fundamentos..., cit. pág. 240.

(10) FUBINI: Contribución al..., cit., pág. 2

Mas esto tampoco quiere decir, ni así se debe entender, que se rechace o se les niegue la posibilidad de una filiación. Por el contrario, no dudamos de la existencia en nuestro Código civil, de una suficiente fundamentación legal en orden a la admisibilidad y pleno reconocimiento de los llamados contratos atípicos. A este fin, extraemos del propio articulado los fundamentos jurídicos siguientes:

En primer lugar, y con carácter general, y a contrario sensu de lo expresado por el artículo 6º (nueva redacción del antiguo artículo 4º), son válidos y tienen eficacia jurídica - los actos que no sean contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas y que no persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

En relación con el citado precepto y ya dentro del Libro IV de dicho Código -"De las obligaciones y contratos"-, es de aplicar el principio de la soberanía de la voluntad individual que proclama el artículo 1.255, como - fuente creadora de pactos, cláusulas y condiciones en la confección de los contratos, siemp

pre que -y es aquí su relación con el artículo 69- no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

A mayor abundamiento, ratifica el fundamento de la admisibilidad a este respecto, el artículo 1.258, al establecer que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fé, al uso y a la ley", estableciéndose, además y con carácter general, como régimen legal aplicable a los mismos, el propio contenido de la obligación surgida del contrato y libremente creada, al decir del artículo 1.091, "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos". Lo que, a su vez, está en perfecta armonía con el contenido del artículo 1.278 relativo a la eficacia de los contratos y el artículo 1.261 en cuanto a los elementos esenciales del mismo, formando todo ello un entrelazado perfecto del que puede, sin dificultad alguna, de-

ducirse la admisibilidad, condiciones legales - de validez, régimen jurídico, y eficacia de - - los llamados contratos atípicos. Por consiguiente, se señala como fundamento decisivo aplicable al contrato en abstracto, el del artículo - 1.261, pues según el mismo, basta para que el - convenio entre partes -negocio jurídico- tenga valor contractual, con independencia de su naturaleza típica o atípica, conque en el mismo concurran los requisitos que, como esenciales, enumera dicho artículo: Consentimiento de los contratratantes, objeto cierto que sea materia del contratrato y causa de la obligación que se establezca, y todo ello con absoluta independencia de "la - forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez", como prescribe el referido artículo 1.278.

Finalmente, la circunstancia de que en - nuestro Código civil aparezca el título II, del Libro IV: "De los contratos", en el que se contienen reglas o normas ("Disposiciones generales", dice el Capítulo primero) relativas a los requisitos esenciales (Capítulo II), eficacia

(Capítulo III), interpretación (Capítulo IV), rescisión (Capítulo V) y nulidad (Capítulo - VI), revela la evidente "ratio legis" de la admisibilidad de otros contratos, los atípicos, los no regulados específicamente en los Títulos IV y siguientes. De no ser así, o sea, en el supuesto de que el Código civil conside
rara como únicos contratos válidos, los contratos típicos, es decir, los regulados específicamente en el propio Código, se presumiría la innecesariedad de plasmar en el mismo la - mencionada parte general de los contratos que contiene el referido Título II, por cuanto que dichos contratos típicos, hallaron ya su más - cumplida regulación en el Título que, a cada - uno, el Código civil dedica. Como dice PUIG - BRUTAU, en frase de JORDANO: "Con referencia a los contratos atípicos puros, afirma JORDANO, que la definición genérica de contrato que nos proporciona el artículo 1.254 del Código Civil español, sería innecesaria si esta calificación solamente se refiere a los tipos regulados en particular (11).

- - - - -

(11) PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit..T.II vol. 1º, pág. 408. JORDANO: Los contratos atípicos. en R.G.L.J., Julio-Agosto 1953, pág.36.

El Tribunal Supremo reconoce la existencia de los contratos atípicos y les dá carta de naturaleza con base principal en el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes reflejada en el artículo 1.255, y en el de la libertad de forma del artículo 1.278, como posibilidad de adaptación de los contratos típicos a contenidos económicos muy diversos. Así, la Sentencia de 2 de Abril de 1964, resolviendo un problema de interpretación de los contratos, fué - bastante expresiva al decir en uno de sus considerandos: "En nuestra contratación civil impera el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del Código civil, de modo que, aparte las figuras típicas que la ley especialmente contempla, pueden las partes estructurar libremente sus convenios, conforme a sus necesidades y posibilidades, pues aunque la ley prevea y regule determinados tipos de contratos, cuando no alcance la pauta legal para la determinación del contenido del contrato, debe quedar éste establecido de acuerdo con la voluntad de los contratantes, ya que el contrato mismo es ley para ellos". Del mismo modo, la Sentencia de 27 de Febrero de 1.950, basándose en la libertad de formas, se expresa del modo siguiente: "al pa

sar de la abstracción de las normas a la realidad social, las formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la libertad de los contratantes" (12).

Reconocida la existencia de estos contratos atípicos y careciendo de una regulación legal específica, habrán, no obstante, de ajustarse a los principios generales que, para los contratos y las obligaciones, contiene el ordenamiento legal. Como dice CASTAN, "los que, faltos de individualidad y reglamentación legal, se rigen por las normas legales de la contratación" (13). Pero no solo basta con esto, sino que también la parte especial de los contratos les es aplicable en aquello en que el contrato atípico en concreto presenta determinada afinidad con determinado tipo de contrato. Por ello, la primera labor del intérprete deberá tender

- - - - -
(12) Citadas por DIEZ-PICAZO en Fundamentos..., cit. pág. 240.

(13) CASTAN: Derecho civil..., cit. Madrid 1943, vol. II, pág. 593.

al análisis del contrato atípico que se contempla. "Para ello -dice ORTEGA PARDO-, para fijar si un negocio es típico o atípico, es decisiva la valoración del intérprete atendiendo a los supuestos de hecho del mismo, y una vez determinados éstos podremos prever su régimen" (14). Entendiéndose por "supuestos de hecho", como dice RUBBINO, el conjunto de los elementos necesarios en un negocio para la producción de uno o más efectos jurídicos (15).

Por ello, y en razón a estos criterios valorativos, los anotadores de ENNECCERUS, hacen la siguiente clasificación del régimen legal -aplicable: "Entendemos que los contratos atípicos, o sea los no regulados en el Código civil ni en otra ley, deben juzgarse por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, en último extremo, por los principios generales del Derecho, que dan un amplio margen al arbitrio judicial. Ahora bien: a estos criterios solo debe recurrirse allí donde no alcance

- - - - -

(14) ORTEGA PARDO: Cuasi-contratos atípicos, en A.D.C., 1948, pág. 513.

(15) RUBBINO: La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari. Milán, 1930 págs. 3 y 4.

como pauta para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes, ya que el contrato mismo es la primera ley para ellas (artículo 1.º91). (16).

Completando algo más esta clasificación y estableciendo, a un tiempo, un orden de prelación de fuentes: ORTEGA PARDO fija los criterios siguientes :

1º. Atendiendo a la voluntad de las partes.

2º. Aplicando las normas del contrato o de los contratos típicos más afines al contrato innominado.

3º. Por aplicación, también, de los principios generales de las obligaciones y contratos.

4º. Y por último, conforme a los principios generales del Derecho que conceden amplio margen al arbitrio judicial. (17).

- - - - -
(16) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER: En sus notas a ENNECCERUS: Derecho de obligaciones. vol.II. pág. 5.

(17) ORTEGA PARDO: Cuasi-contratos..., cit. pág. 514-515. Vid.; PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit. T.II, vol. 1º, pag. Nota 9.

Como ya hemos dejado expuesto, la asunción de deuda es un contrato, pero es un contrato carente de una regulación específica - en nuestro Código civil hasta el extremo de que ni siquiera lo menciona, carente, incluso, de "nomen iuris". Por lo que podemos decir que la asunción de deuda es en nuestro Derecho un contrato atípico. Y un contrato atípico en el más puro sentido de su concepto, ya que ni siquiera guarda parentesco alguno con cualquiera de los contratos nominados del referido Código civil. Mucho menos - con la novación, con la que es incompatible, pese a ser bautizada por la doctrina con la expresión "novación modificativa, expresión inadecuada, pues ni la asunción puede ser - novatoria, ni la novación puede llegar a ser modificativa. Esta expresión induce a error, pues hace pensar que la asunción de deuda es una variedad de la novación, como si hubiera dos clases de novación: extintiva y modificativa. La novación no puede ser más que extintiva. Extinción y modificación son efectos - incompatibles. Del mismo modo novación y asunción son, por ello, incompatibles. Ni siquiera cabe la analogía.

La proximidad entre la asunción de deuda a la novación, solo es geográfica, porque nuestro Código civil refiere ligeramente la modificación subjetiva pasiva de las obligaciones, - dentro del articulado relativo a la novación (artículos 1203 y ss). Pero esto es solo, como decimos, una proximidad geográfica que no por ello debe deducirse y entenderse que exista - entre ambas figuras una afinidad conceptual. Las obligaciones, en sentido genérico, se extinguen o se modifican: en el primer caso existe novación, en el segundo caso, asunción de deuda.

Por todo ello podemos decir:

1º. Que la asunción de deuda es una realidad sociológica de gran interés en la praxis - jurídica actual.

2º. Que la asunción de deuda es un contrato que pertenece al género de los contratos - atípicos y de los atípicos puros, pues ni se regula en el Código civil de un modo específico, ni guarda parentesco alguno con otro contrato del género de los típicos, nominados o - normados.

3º. Que en orden a sus efectos, estos son

meramente modificativos -sustitución de un deudor por un tercero en una misma relación jurídica obligatoria, que permanece- y por tanto, no puede tener afinidad alguna con - la novación. La una excluye a la otra. Decir "novación modificativa", sería lo mismo que decir "extinción modificativa", lo cual es una incongruencia.

42. Carente de regulación positiva específica, el contrato de asunción de deuda, deberá ir encuadrado dentro de la idea de - modificación de las obligaciones, como una variedad de éstas: la modificación subjetiva-pasiva o por sustitución del deudor.

52. Su régimen legal aplicable será:

a) Las normas legales relativas a la modificación de las obligaciones por sustitución de la persona del deudor, que son las - relativas a la novación, pero haciendo la - salvedad de ésta.

b) Las establecidas por los propios contratantes, pues tienen el calificativo de - "ley privada", conforme al artículo 1.255, en relación con el 1.091.

c) Por las normas relativas a las obligaciones y a los contratos en general.

d) Y, por último, por aplicación de los principios generales del Derecho.

En todo caso, deberá siempre tenerse en cuenta tanto la doctrina jurídica, como la legal, pues en la interpretación del Derecho, es evidente que arrojan constantemente una gran luz. Y si los contratos atípicos son admitidos por nuestro Derecho y si la asunción, como indicamos, es un contrato atípico, no cabe duda que esto constituye el principal fundamento, el fundamento más racional y técnico-jurídico sobre la existencia del contrato de asunción de deuda y el reconocimiento de dicha existencia por parte de nuestro Derecho.

CAPITULO IV

Los elementos del contrato de asunción de deuda.

1. Elementos personales. Capacidad.
2. Elemento real u objetivo.
3. Elemento formal.
4. La ratificación del acreedor como requisito esencial del contrato de asunción de deuda por delegación. Su naturaleza jurídica. Características de la ratificación como consentimiento del acreedor.

Como en cualquier otro contrato, podemos hacer un análisis estructural de la asunción de deuda, diseccionándola en elementos subjetivos o personales, elementos reales u objeto - del contrato y el elemento formal.

1. ELEMENTOS PERSONALES:

En el contrato de asunción de deuda, existe siempre una persona indispensable, una persona que interviene necesariamente, una persona, sin cuya presencia, sin cuya intervención no - llegaría nunca a producirse el contrato. Este sujeto principal es el que asume la deuda, el que se coloca en el lugar del deudor de la relación obligatoria sobre que se opera. Esta persona es el "asumiente" (de "sumens sumentis", participio). El cual podrá concluir el contrato - bien por convenio con el deudor, bien por acuerdo con el acreedor. Por lo que, como negocio ju

rídico bilateral que es, del otro lado intervendrán, indistintamente, bien el deudor o bien el acreedor. Lo que dá lugar a dos variedades procedimentales de una misma cosa: asunción de deuda por delegación y asunción de deuda por expromisión.

Por consiguiente, de una parte y siempre, el asumiente, o sea, el que toma la deuda para sí; y de otra parte, el deudor o el acreedor, según los casos.

Respecto a la capacidad de las personas - que intervienen, no solo no existe en nuestro Código civil regulación alguna a este respecto, sino que por la misma razón tampoco podemos aplicar por analogía regla alguna respecto a la cesión de créditos, por cuanto que esta institución carece igualmente de regulación específica en materia de capacidad de los sujetos. Por consiguiente, en materia de capacidad, habrá que aplicar las reglas generales relativas a los actos de disposición. Y en su virtud, además de la capacidad general para contratar y - obligarse, la libre disposición de los bienes,

pues si lo que se transfiere es una deuda, esta es, en definitiva, un bien en el patrimonio del acreedor y representa, al mismo tiempo, un pasivo en el patrimonio del deudor y viene a restar en el del asumierte.

Siendo así, no podrán asumir las deudas, por imperativo expreso del Código Civil, los menores emancipados, pues si bien tienen la capacidad general, sin embargo no tienen, conforme a los artículos 5o y 311, la libre disposición de los bienes.

Como dice VAZ SERRA: "Parece escusado - acentuar que "a assunção de dívida exige, por parte do cessionário, plena capacidade de exercício, e, por parte do credor, além disso, poder de disposição sobre o crédito... Para isto, é necessário que seja titular do crédito de que dispõe, eximindo o devedor, no momento de se celebrar a transmissão da dívida". (1).

- - - - -
(1) VAZ SERRA: Assunção de dívida. En Boletín do Ministério da Justiça, Janeiro 1.958, pág. 21o y 211.

2. ELEMENTO REAL U OBJETIVO:

El elemento real u objeto en el contrato de asunción de deuda, está constituido por la cosa que el tercero -asumiente- asume. Y si de asumir una deuda se trata, el objeto será siempre y únicamente la deuda del deudor, en una relación obligatoria preexistente cualquiera. En líneas generales, podemos decir que todas las deudas pueden ser objeto de asunción si tienen la posibilidad de ser transmitidas de unos titulares a otros.

Ahora bien, ¿todas las deudas son susceptibles de ser asumidas por un tercero?

Nuestro Código civil, como hemos referido ya, no contiene una regulación específica al respecto. Pero si la deuda, como también hemos dejado ya dicho, no es un elemento independiente desintegrado del crédito dentro de una misma relación obligatoria, sino el reverso - del propio crédito, el aspecto pasivo del mismo, siendo ambos: deuda-crédito, dos aspectos o caras de una misma cosa: la relación jurídica obligatoria, es evidente que (y siguiendo el orden de prelación de fuentes que ya deja-

mos expuesto), paralelamente, aunque en sentido inverso, le serán aplicables por analogía, las normas contenidas en el artículo 1.112 del - Código civil respecto a la cesión de créditos: "Todos los derechos adquiridos en virtud de - una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contra rio".

A contrario sensu de lo prevenido en el referido precepto legal, no podrán, en cambio, asumirse, por no ser transmisibles, las deudas comprendidas en alguno de los siguientes casos:

A) Por voluntad o disposición de la ley.

No podrán asumirse aquellas deudas sobre las que pese una prohibición legal expresa, es decir, aquellas en que la ley determina la imposibilidad de ser transportadas de un sujeto a otro.

Si en el Código se establecen ciertas limitaciones a la facultad de transmitir ciertos derechos o ciertos créditos, mucho más razonable será la prohibición aplicada a la transmisibilidad de las deudas, dada, precisamente, la dificultad tradicional de la admisibilidad de

esta figura de la asunción de deuda que, incluso los Códigos que la admiten y regulan, lo hacen cautelosamente.

Son ejemplos aplicables a este respecto, la obligación de prestar alimentos, pues si bien dicha obligación tiene un contenido patrimonial, surge, sin embargo, a consecuencia de un vínculo extrínsecamente personal: las relaciones jurídicas familiares. Así se desprende del contenido del artículo 151 en relación con el 143, pues ni el derecho a prestar alimentos es renunciable ni transmitible, ni la correlativa obligación de prestarlos es ni siquiera compensable entre las propias partes vinculadas; mucho menos podrá ser asumida por un extraño a la relación misma.

Lo mismo sucede respecto a los supuestos contemplados en el artículo 1.459, en cuanto a las personas que en el mismo se enumeran, y para el caso de que la asunción de deuda traiga causa de alguno de estos supuestos legales. Así, no podrán asumir deudas los tutores o protutores, mandatarios, albaceas, empleados públicos,

Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios y Oficiales de la administración de justicia, Abogados y Procuradores, siempre respecto a los bienes afectos al desempeño de sus respectivos cargos y funciones.

Por la misma razón, habrán de aplicarse las prohibiciones y limitaciones impuestas por el Código civil respecto a las donaciones. Pues como quiera que el contrato de asunción de deuda puede obedecer o ser consecuencia de un acto de mera liberalidad del tercero (asumiente), cual es la donación, ya que al hacerse cargo de la deuda del deudor, puede hacerlo sin necesidad de contraprestación alguna equivalente, es indudable que dicho asumiente sufre un empobrecimiento en su patrimonio, por lo que al respecto, lógicamente por analogía, le serán aplicables las normas del Código civil contenidas en los artículos 634 a 636 relativas al contrato de donación (2).

- - - - -

(2) Del mismo modo y dentro de las prohibiciones legales, puede hacerse aplicación del artículo 152 de la Ley Hipotecaria.

B) Por voluntad de las partes. No podrán transmitirse deudas a persona alguna y, por tanto, no podrán asumirse, cuando entre el acreedor y el deudor se haya convenido la intransmisibilidad de la misma. Dicho convenio deberá ser expreso, por cuanto que al constituir una excepción al principio general de la transmisibilidad, se presumirá siempre la posibilidad de la asunción de la deuda, salvo prueba en contrario, cuando en el contrato de asunción hayan concurrido los requisitos necesarios para ello, para que dicho contrato nazca válido y tenga efectividad.

C) Por la naturaleza de la obligación. No será posible la asunción de la deuda, por no ser ésta transmisible, cuando la relación jurídica obligatoria esté constituida "intuitu personae". Sobre todo, cuando la obligación se haya constituido especialmente en consideración a la persona del deudor. Al acreedor le interesa en exclusiva su deudor y solamente ese deudor y no otro.

Por ello, el contrato de asunción de deuda se produce generalmente sobre obligaciones

que tienen por objeto prestaciones de dar, sin que esto suponga descartar aquellas otras cuya prestación consista en un hacer, pues estas suelen ser mucho menos frecuentes.

3) ELEMENTO FORMAL:

La asunción de deuda, para que se constituya y tenga validez, no requiere forma especial ni determinada de clase alguna. Carente este contrato de regulación específica en nuestro Código civil -hemos dejado sentado que se trata de un contrato atípico-, ha de hallar sus fuentes reguladoras aplicables, entre otras, en las normas generales de las obligaciones y contratos - que se contienen en el Código civil. Y con arreglo a este principio, el contrato de asunción - de deuda se perfeccionará por el mero consentimiento de los sujetos que intervienen sin sujeción a elemento o requisito formal alguno.

Por consiguiente, regirá en este aspecto, el principio general de forma que se proclama en el artículo 1.278 del Código Civil y las excepiones contempladas, en su caso, en el artículo 1.28o. Luego, el contrato de asunción de

deuda será válido tanto si se ha celebrado verbalmente oomo por escrito, ya sea privado o en escritura pública.

4. LA RATIFICACION DEL ACREEDOR:

Pese a lo dicho, podemos contemplar unos requisitos formales en torno a la validez o - existencia de este contrato. Los cuales son - específicos y propios de la institución que - contemplamos y que se expresan en el artículo 1.2o5 de nuestro Código civil, al decir: "La novación, que consiste en sustituirse un nue- vo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin - el consentimiento del acreedor.

Este artículo se está refiriendo a la - mal llamada "novación modificativa" o "impro- pia" que, en definitiva, no es otra cosa si- no la auténtica y propia asunción de deuda. Y dentro de ésta, a la que se constituye por - el procedimiento delegatorio, o sea, por con- trato entre el deudor y un tercero ajeno a la relación obligatoria con el acreedor, es decir, el asumiente. Y es en este supuesto de asun- ción de deuda por acuerdo entre deudor y asu-

miente, para el que el Código civil, en su citado artículo 1.2o5 está exigiendo como elemento de forma esencial, el consentimiento del acreedor sobre meritado acuerdo.

De esta exigencia del Código, reflejado - en el citado artículo 1.2o5, deducimos los requisitos siguientes:

1o. Necesidad de que el acreedor tenga conocimiento de que entre su deudor y un tercero, se ha celebrado un contrato de asunción de la deuda.

2o. Que dicho acreedor consienta, ratifique o apruebe ese contrato que tiene por objeto el que un tercero ajeno a su relación obligatoria, asuma lo que al acreedor se debe, sustituyendo a la persona de su deudor, y como efecto principal la liberación de éste.

La interpretación del artículo 1.2o5 a que nos estamos refiriendo, ha sustituido una viva polémica entre los civilistas, que ha dado lugar a una abundante doctrina jurídica. Independientemente de que se otorgue el término "novación" para un supuesto de "mera modificación" de la relación obligatoria por cambio del suje

to pasivo, emplea la palabra "consentimiento" del acreedor para dar validez y eficacia a un "acuerdo" de su deudor con persona ajena a su relación obligatoria. Vamos a pretender analizar el sentido propio que el Código dá en este supuesto, a la expresión "Consentimiento - del acreedor".

Entendemos que la palabra consentimiento, con el sentido técnico-jurídico en que la misma se emplea, como elemento constitutivo de los contratos, no parece de utilización muy adecuada por el artículo 1.2o5 que comentamos.

Si el consentimiento es una declaración de voluntad encaminada a la creación de un contrato- cum sentire, sentir juntamente con otro- y así se le exige al acreedor por imperativo del artículo 1.2o5, es tanto como decir que el - acreedor es también parte en el contrato de - asunción de deuda por delegación. Y, es lo - cierto, que el acreedor no es parte en el contrato. El contrato de asunción de deuda es por - obra de dos sujetos: el deudor y el asumiente, o sea, el tercero ajeno a la relación crediticia; y en este caso, difícilmente puede consentir quien no es ni ha sido parte en dicho contrato. Si, por el contrario, consideráramos par

te en dicho contrato al acreedor, o bien tendríamos una asunción de deuda por vía de expromisión, supuesto que no se contempla en el referido artículo 1.2o5, o bien un contrato tripartito en el que, de cualquier manera sería innecesario el consentimiento del deudor, por lo que desembocaríamos nuevamente en el caso de expromisión. Pero nunca alcanzaríamos un contrato de asunción de deuda por el mecanismo de la delegación. Y, precisamente el artículo que comentamos, al exigir el "consentimiento del acreedor", se está refiriendo a la sucesión en la deuda propia. En el contrato de asunción de deuda por vía de delegación, los sujetos que lo crean son únicamente el deudor y el asumiente; el acreedor de ninguna manera es parte en dicho contrato.

En realidad, el llamado "consentimiento" del acreedor, no crea una relación jurídica entre deudor y asumiente. En el mecanismo de la delegación, la relación la crean estos. El consentimiento del acreedor no se presta en el interim, es decir, en el acto de su constitución, es una declaración ex post facto, es una declaración de voluntad por la que se autoriza que afecte al patrimonio del declarante lo acordado por otros. Y en este sentido, que no es pre

ventivo, sino curativo, que no constituye un tratamiento profiláctico, sino de sanación, nos revela el diagnóstico de la ratificación como figura jurídica que califica la actitud del acreedor. Ratificación que, como dice ALBALADEJO, "constituye un negocio jurídico accesorio del negocio objeto de la ratificación" (3).

Lo que ocurre realmente, es que en nuestro Código civil no existe una regulación específica de esta figura de la ratificación - que, ya por sí misma, entraña un verdadero y propio negocio jurídico de carácter unilateral y simple (nada se crea, nada se modifica), pues solo se autoriza la realidad jurídica - creada por otros, solo se presta adhesión a lo convenido por otros, para que puedan sus consecuencias entrar a formar parte de la esfera patrimonial del ratificante, tal y como fué convenido, sin modificación de clase alguna, o sea, tanto en lo que pueda favorecerle, como en lo que pudiera perjudicarlo, pues de no ser así, no sería un negocio jurídico unilateral, sino un nuevo contrato, ya que - las modificaciones que el ratificante hiciese constituirían una oferta dirigida a la acep

(3) ALBALADEJO: Derecho civil. T. I, vol. 2º, 4ª ed. Barcelona 1975. pág. 386.

tación de los autores del negocio jurídico objeto de la ratificación.

Ni se define, ni se señalan los efectos de la ratificación en el Código civil. Y del mismo modo que decimos que la ratificación - es un negocio jurídico y tampoco se define, ni se señalan los contornos del negocio jurídico en nuestro código, elaborándose, no por eso, una copiosa doctrina.

Por todo ello, entendemos que la redacción del artículo 1.2o5 hubiera sido más exacta, con el solo hecho de cambiar la palabra - consentimiento (que en este supuesto se presta a confusión que perjudica el análisis de la asunción de la deuda), por la palabra ratificación, como sucede en otros Códigos, precisamente a propósito de la asunción de deuda. Así el B.G.B. la refiere en su artículo 415, "Si la - asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor", o el 416, "Si el adquirente de una finca asume, por contrato con el enajenante, una deuda de éste en garantía de la - cual existe una hipoteca sobre la finca, el acreeu

dor solo puede ratificar la asunción de deuda si el enajenante se lo comunica". De modo más explícito, el nuevo Código civil portugués, aprobado por Decreto Ley de 25 de Noviembre de 1966, dice en su artículo 595: "I. A transmissão a título singular de uma dívida pode verificar-se: a) Por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor", y, a mayor abundamiento, el artículo siguiente del mismo Código, lleva por epígrafe "(Ratificação do credor)", el cual empieza con esta expresión: "En quanto não for ratificado pelo credor...".

Tal vez porque en nuestro Derecho patrio, no encuentra la ratificación una regulación adecuada y específica, y tal vez, también, porque - nuestro Código civil no emplea el término "ratificación" en la redacción del artículo 1.205, la Nueva Compilación del Derecho civil de Navarra (aprobada por Ley de 1 de Marzo de 1973), al regular por primera vez la asunción de deudas, sin utilizar la palabra "Consentimiento" del artículo 1.205 del Código civil, tampoco emplea el término "ratificación". Hace uso de la palabra "aceptación" por el acreedor. (4).

- - - - -

(4) La Ley 512 de la Compilación del Derecho civil de Navarra, dice: Párrafo 2º: "La asunción no aceptada por el acreedor..."; Párrafo 3º: "La aceptación por el acreedor de la sustitución del deudor...".

En sentido gramatical, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, y con fundamento etimológico, del latín ratus, confirmado y fácere, hacer, define la ratificación como la acción de "aprobar o confirmar actos, palabras o escritos, dándolos por valederos y ciertos". Desde el momento que se está refiriendo a actos que hay que dar por válidos y ciertos, está diferenciando la ratificación de la confirmación, pues esta última lo que hace es subsanar vicios o defectos del acto, pero no el acto mismo, evitando su anulabilidad, borrando la posibilidad del ejercicio de una acción por la que se declare nulo dicho acto, o sea, un negocio jurídico.

Pasando al campo del Derecho este concepto, podemos decir que a la ratificación se está refiriendo nuestro Código civil en los artículos 1.257, (aunque no utiliza la palabra "ratificación", sino "aceptación", aunque con igual sentido), 1.259, 1.727 y 1892; a la confirmación, en cambio, en los artículos 1.309 a 1.313. O sea, la ratificación opera en la estipulación a favor de un tercero, en el contrato a favor de tercero, en el mandato sin poder o cuando el

mandatario se haya excedido de los límites previstos en el mandato y en la gestión de negocios ajenos.

Quizás por la analogía que en este aspecto de la ratificación presenta la asunción de deuda con los referidos artículos, es por lo que la doctrina jurídica por un lado y con más timidez la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vinieron calificándola bien como un contrato a favor de tercero, bien como una estipulación a favor de tercero, bien como una gestión de negocios ajenos (teoría esta última la más dominante) e incluso como una oferta de contrato, aunque en este último supuesto, ofrece menor analogía, pues desnaturaliza la ratificación convirtiéndola en un elemento consensual del contrato, en elemento sine qua nom del número 1º del artículo 1.261 (5)

Coincidente con el concepto etimológico, define TRAVIESAS, a propósito de la gestión de negocios ajenos, la ratificación, al decir de la misma que, "Implica aquella una declaración de voluntad, en cualquier forma que se opere, en vir

- - - - -

- (5) Supra el Capítulo referido a la Naturaleza jurídica de la asunción de deuda, donde se hizo una exposición sucinta de las teorías que se mencionan, tanto en la doctrina patria, como la doctrina extranjera.

tud de la que el dueño del negocio hace suyos los efectos de la gestión" (6), o como dice BONET, al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1944: "La ratificación es una declaración de voluntad, mediante la - cual la persona, a cuyo nombre fué concluído un contrato u otro negocio jurídico por un simple gestor de negocios, dá ex post facto la necesaria autorización representativa" (7).

Entrando más en el análisis de sus características, dice MANRESA de la ratificación - que "produce en general efectos ex tunc entre las partes contratantes que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio, y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión sometido a una "conditio iuris" (8).

- - - - -
(6) TRAVIESAS: La gestión de negocios ajenos. En R.D.P., 1.919, págs. 136 y s.

(7) BONET RAMON, F.: En su comentario a la sentencia de 7 de julio de 1944. En la R.D.P. 1.944, págs. 795 y s.

(8) MANRESA: Comentarios al Código civil. T.VIII, vol. 2º, 6ª ed., págs. 468. Coincide literalmente la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 3 de Mayo - de 1.953, II, 3º.

Finalmente, ALBALADEJO, de un modo más explícito y refiriéndose a los negocios jurídicos sin poder, la define del modo siguiente: "la ratificación es la declaración unilateral de voluntad recepticia del representado, de querer - para sí el negocio que se celebró en su nombre (negocio representativo) sin poder" (9).

En sentido abstracto, sin referencia a un negocio jurídico determinado, podemos definir la ratificación como la declaración de voluntad unilateral encaminada a querer para sí los efectos de un negocio jurídico en que no se fué parte, o bien a reconocerle existencia y plena validez.

Refiriéndonos exclusivamente a nuestro supuesto de asunción de deuda por el mecanismo de la delegación, o sea, al contrato celebrado entre el deudor y el asumiente y dentro del contenido del artículo 1.2o5 del Código civil, podemos afirmar que la palabra "consentimiento" del acreedor, no significa otra cosa sino la exigencia del requisito de la ratificación en el sentido que ya hemos definido, o sea, la necesidad

- - - - -
(9) ALBALADEJO: Derecho civil. T. I. vol. 2o, 4a ed. pág. 385.

de que se produzca un negocio jurídico unilateral del que el acreedor es único sujeto y que lleva implícito su propia declaración de voluntad encaminada a que lo hecho por el asumiente y el deudor (contrato de asunción de deuda) - afecte a su propio patrimonio, es decir, para que la relación jurídica sobre la que se opera la asunción, permanezca una y la misma, "in - idem debitum", o sea, liberación del deudor, verdadera sucesión en la deuda; en definitiva, para que el contrato de asunción de deuda tenga plenos efectos.

Este consentimiento del acreedor que es, como hemos dejado sentado, una auténtica ratificación, presenta, como tal, las siguientes características:

a) Es una declaración de voluntad unilateral (pues solo emana del acreedor, único sujeto) constitutiva de un negocio jurídico de tal carácter, pues junto al elemento fáctico (existencia de un negocio que hay que ratificar y - conocimiento de su existencia por parte del - acreedor) existe, además, un elemento volitivo e intencional, los cuales conforman el negocio jurídico referido.

b) El negocio jurídico que se constituye, es de carácter accesorio y complementario de - otro negocio jurídico (10). Le complementa en el sentido de que logra para éste un aumento de su campo de acción, de sus efectividades. Es decir, actúa sobre otro negocio jurídico existente, proporcionándole un mayor rendimiento.

c) Presupone, por tanto, la existencia de un negocio jurídico, sobre el que recae su acción, constituyendo su objeto (complemento directo de la declaración del sujeto-acreedor, que expresaríamos en lógica gramatical). De ello se deduce que el negocio a que la ratificación se refiere, no solo ha de ser existente, sino también válido. De ninguna manera nulo y mucho menos inexistente. Todo lo más que podemos decir es que el negocio jurídico sobre el que se opera, se encuentra en estado latente, de reposo, esperando que se produzca la ratificación del acreedor, para así ampliar el campo de sus efectivos. Como dice MANRESA: "...en estado de suspensión sometido a una conditio iuris" (11) y lo corrobora el autor anteriormen-

(10) ALBALADEJO: "Constituye un negocio jurídico accesorio del que se ratifica". Derecho civil, cit., p.386. Y también del mismo autor: La representación, en A.D.C., 1958, pg.794.

(11) MANRESA: Comentarios..., cit. pág. 468.

te citado, al decir: "Si bien no es un negocio nulo ni anulable, sino válido, es sin embargo ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluído". "Así, pues, su eficacia se halla suspendida, pendiente de la ratificación". Es por ello, que este autor califica de inexacto el término "nulo" empleado por el artículo 1.259, párrafo 2º del Código civil y opta por lo contrario: "Solución ésta prácticamente la más conveniente, porque en ella se deja al interesado la posibilidad de que, si lo estima conveniente, le haga producir efectos, ratificán-
dolo, evitándole, también la necesidad de impugnarlo, si no desea aquellos" (12).

Hasta tal punto ha de ser existente y vá-
lido el negocio objeto de la ratificación que, si este se extinguiere o se resolviera de algún modo o fuere revocado por los sujetos del mismo, ya no podría llevarse a cabo la ratificación. No otra cosa quiere decir el artículo 1.259, "a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revoca-
do por la otra parte contratante".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en principio calificaba de nulo e inexis-

- - - - -

(12) ALBALADEJO: Derecho civil, cit. pág. 385.

tente el negocio jurídico objeto de ratificación por la ausencia de uno de los elementos indispensables del contrato, el consentimiento prevenido en el número 1º del artículo 1261 del Código Civil (13), sin embargo posteriormente ha supuesto la validez del mismo, al reconocerlo en "estado de suspensión", como negocio jurídico sometido a una "conditio iuris" o a una "condición suspensiva".

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1944, que sigue el mismo camino trazado por la de 14 de Diciembre de 1940, depurando su técnica, dice al respecto: "y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio en estado de suspensión, subordinado a una "conditio iuris", de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se dá, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquel". (14).

- - - - -

(13) ALBALADEJO: Derecho civil..., cit. pág. 385 y también La Representación, en A.D.C., 1958, págs. 767 y ss., especialmente págs. 793 a 796.

(14) En igual sentido la Sentencia de 29 de Enero de 1945.

Esta sentencia referida, dió lugar a un Comentario de BONET RAMON en orden a la naturaleza jurídica y efectos de la ratificación, sumándose a la teoría postulada por PACCHIONI sobre el particular, cuyo comentario, por ser de interés al tema, transcribimos en parte: "Una primera teoría considera el negocio jurídico concluído entre el tercero y el gestor, antes de que haya sido seguido la ratificación, como un negocio anulable o sanable, según que venga negada o dada la ratificación. La ratificación tendría, pues, en caso de gestión representativa la misma naturaleza que la confirmación tiene en caso de contrato viciado - por incapacidad legal, error, dolo, violencia o intimidación.

Partiendo de otro punto de vista totalmente distinto, una segunda teoría considera al gestor como el simple transmisor de una oferta contractual del tercer contrayente al dominus. El gestor no sería, pues, verdadero representante del dominus. La ratificación no sería, - por tanto, más que la aceptación de una oferta contractual, por lo que antes de aquella no se tendría un contrato concluído en nombre de otro, sino solo una oferta de contrato.

Finalmente, una tercera teoría, partiendo del concepto de que para constituir un negocio jurídico cualquiera, basta una manifestación - de voluntad dirigida a producir un cierto efecto -prescindiendo de que el efecto jurídico se produzca o no inmediatamente-, sostiene que el contrato concluído por el gestor es ya perfecto, antes de la ratificación, y que de ésta so lo dependen sus efectos. Existiendo perfectamente entre las partes, aquél es, pues, irrevocable hasta que la ratificación misma haya tenido lugar o haya sido negada.

Ninguna de estas teorías, como observa PACCHIONI (15), es completamente aceptable. No lo es la primera, porque no se puede considerar como un vicio del contrato concluído por el gestor en nombre del dominus, el hecho de poder negar éste la ratificación, como tampoco se puede considerar una subsanación de tal vicio, que por otra parte no existe, la ratificación que se ha ya dado.

Tampoco es aceptable la segunda, porque suprime la gestión representativa contra la verdadera interpretación de la relación a que dá lu-

- - - - -
(15) PACCHIONI: Dei contratti in generale. Padova, 1930, págs. 314 y ss.

gar, ya que solo artificiosamente puede considerarse al gestor como un nuncio del tercer - contrayente, mientras en realidad asume la representación del dominus.

Igualmente es inadmisibile en su integridad la tercera, porque cae en una evidente - exageración, considerando perfectamente concluído el contrato representativo, antes de - que haya sido seguida la ratificación.

La verdad es -apunta PACCHIONI- que este contrato es válidamente concluído en vista de la posibilidad de alcanzar aquella autorización representativa que falta momentáneamente. Y solo en vista de esta posibilidad es por lo que la ley considera existente el negocio hasta que aquella llegue a ser realidad o se desvanezca. No es que el contrato concluído por el dominus sea ya por sí mismo, fundado en la sola voluntad de las partes, perfecto; es aún imperfecto, pero se considera con vida por disposición de la ley, a fin de que se puedan tener todos los beneficios de la representación, aún en los casos de gestión representativa. Puede, pues, definirse la verdadera esencia del contrato concluído por el gestor a nombre del dominus, antes de la ratificación, diciendo que

es un contrato concluído por las partes para el dominus, esto es, puesto y tenido en cierto modo a su disposición, por ministerio de la ley; porque esto y no otra cosa ha querido la ley, admitiendo que el gestor pueda concluir válidamente contratos para el dominus, sin estar autorizado para ello, pero en vista de una posible autorización sucesiva (ratificación).

La ratificación no puede, pues, confundirse con la confirmación de los negocios anulables, ni con la aceptación de una oferta contractual, ni con la aprobación de una pura y simple gestión. La ratificación no es más que una autorización representativa dada ex post facto, hallándose regida, por tanto, por las mismas reglas de toda otra autorización representativa proveniente del propio representado.

Los efectos que produce la ratificación se resumen en la máxima ratihabitio mandato comparatur. Cuando ha sido dada la ratificación, se entiende que el contrato ratificado ha sido originariamente concluído." (16).

(16) BONET RAMON: Comentario a la Sentencia de 7 de Julio de 1944. en R.D.P., 1944, pág. 796 y s.

De forma más actual y reiterando la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1945, la de 5 de Febrero de 1969 es concluyente: "y por otra parte, pretende ignorar que ni es inexistente el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización, como ya declaró esta Sala en la Sentencia de 29 de Enero de 1945, ni es inexistente, ni adolece de nulidad absoluta y radical el contrato celebrado por el representante con abuso de poder".

Por consiguiente, hemos de concluir que la ratificación presupone la existencia y validez de un negocio jurídico, cuyos efectos se hallan en espera de entrar a formar parte del patrimonio del ratificante que no fué parte principal en el mismo, sometándose dicho negocio a una "conditio iuris", cuya realización, como dice ALBALADEJO "tiene por efecto (que se retrotrae al momento del nacimiento de la obligación) el que, a base del contrato, nazca a favor del tercero el derecho a exigir el cumplimiento" (17), o como muy bien dice TRAVIESAS: "Con ésta solo se obtiene que los efectos del negocio entren en el patrimonio del gestor" (18).

(17) ALBALADEJO: Derecho civil., cit. pág. 374.

(18) TRAVIESAS: La gestión de negocios, cit. pág. 136 y s.

d) La ratificación ha de ser pura y simple, es decir, no ha de condicionar ni alterar las consecuencias ni los elementos del negocio jurídico que se somete a la misma. Pues como quiera que la ratificación consiste en una declaración unilateral de voluntad encaminada a que los efectos del negocio objeto de la misma entren en el patrimonio del ratificante, supone, por ello, que ha de ser pura y simple, pues en otro caso, es decir, si introdujere alguna alteración o pactos especiales, perdería su naturaleza de negocio jurídico unilateral para transformarse en una oferta de contrato que habría que someter a la aceptación de los sujetos del negocio objeto de dicha ratificación. Y esto supondría, evidentemente, un negocio jurídico bilateral, que revestiría todos los caracteres de un contrato: oferta, aceptación y concurso de ambos. En una palabra, el que ha de ratificar, o se ratifica asumiendo todas las consecuencias del negocio jurídico, como si hubiera sido parte en él, o no se ratifica, en cuyo caso, el negocio no vive para él, pero jamás caben posiciones intermedias que de algún modo puedan alterar los términos del negocio. ¶ Si la ratificación fuera simplemente parcial o el principal formulare reservas o introduje-

ra en el negocio nuevos elementos, el tercero tendría derecho a considerar la declaración - del dominus no como una ratificación, sino co- mo una oferta que él es libre de aceptar o no" (19).

e) La ratificación, como manifestación de la voluntad del ratificante, no está sujeta a forma alguna. Pudiendo, por tanto, ser tanto - expresa como tácita, siempre que en este últi- mo caso se deduzca lógica y racionalmente de - la conducta del ratificante.

Si es expresa, podrá llevarse a efecto - tanto en forma verbal como escrita. Si es ver- bal, habrá de acreditarse por los medios gene- rales de prueba admitidos en Derecho por parte de aquellas personas que pretenden hacerla va- ler, conforme a lo prevenido en el artículo - 1.214 del Código civil. Si es escrita, podrá - formalizarse la ratificación tanto en documen- to privado como en escritura pública.

La ratificación se presumirá tácita, cuando lógica y racionalmente pueda deducirse de la pro

- - - - -
(19) DIEZ-PICAZO y GULLON: Sistema de Derecho civil. Vol. I, 2ª ed. págs. 668 y s.

pia conducta -ex post facto- del ratificante.

Algún Código, como el mejicano, "en cuanto a la forma, dá la nota de accesoriedad, pues ha de seguir las mismas formalidades a que el negocio se contrae" (20). Así lo establece el artículo 1.802 del referido cuerpo legal: "los contratos sin representación serán nulos, a no ser que se ratifiquen antes de que la otra parte se retracte, haciendo aquella con las mismas formalidades que para el contrato la ley".

Pero nuestro Código civil, y a propósito de la extralimitación del mandatario respecto a las facultades del mandato, dice terminantemente en su artículo 1.727: "En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifique expresa o tácitamente!"

La doctrina jurídica se hace eco de esta misma clasificación de forma, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, ALBALADEJO, recogiendo la expresada en la Sentencia de 20 de Febrero de 1.915, dice "no re

- - - - -

(20) MANRESA: Comentario..., cit. pág. 471.

quiere forma especial alguna; y tiene lugar tácitamente cuando el tercero exige el cumplimiento a aquél" (21). Del mismo modo, TRAVIESAS, y a propósito de la gestión de negocios ajenos, al referirse a la ratificación, manifiesta: "Indica aquella una declaración de voluntad, en cualquier forma que se opere" (22).

La Sentencia de 6 de Abril de 1.934, reiterando, a su vez, la doctrina contenida en las de 8 de Julio de 1.903, 13 de Marzo de 1.913 y 17 de julio de 1.920, es concluyente en materia de apreciación tácita de la ratificación, pues dice: "Denegando la casación resuelve el Tribunal Supremo que aún - cuando el mandato objeto de litigio no contenía de modo expreso autorización para celebrar todos los contratos que a nombre de su poderdante otorgó el apoderado, singularmente el de fianza, es evidente que los ratificó el primero de modo tácito, al aprovecharse de las no reducidas ventajas que le ofrecían".

Nuestro Tribunal Supremo ya tenía decla

- - - - -

(21) ALBALADEJO: Derecho civil. T.II, vol. 2º pág. 374.

(22) TRAVIESAS: La gestión de negocios, cit. págs. 136 y s.

rado en la Sentencia de 8 de Julio de 1.903 que el aprovechamiento de los bienes vendidos implica la aprobación tácita de los actos del mandatario realizados con extralimitación de facultades; y en las de 13 de Marzo de 1913 y 17 de Junio de 1.920, que no es lícito al mandante impugnar la eficacia de las obligaciones contraídas en su nombre, si las aprobó tácitamente, aprovechándose del precio de la - venta realizada por el mandatario" (23).

De manera más explicativa, analizando el contenido de lo que debe deducirse de una conducta que revele el propósito de aceptar con todas las consecuencias lo realizado por otro, bien sin autorización para ello, bien fuera - de los límites autorizados, la Sentencia de 28 de Marzo de 1968, que reitera, a su vez, la doctrina expuesta en las de 25 de Junio de 1.946, 5 de Abril de 1.950, 27 de Mayo y 21 de Octubre de 1.958 y 3 de Julio de 1962, dice: " es menester que se realice por el interesado o su mandatario de forma expresa o tácita y que esto último se deduzca de actos concluyentes de

- - - - -
(23) En R.D.P. 1.934, págs. 371 y s.

carácter inequívocos que reflejen con toda claridad la intención del ratificante (Sentencia de 25 de Junio de 1946) o de una conducta del mismo que, de forma indubitada, exteriorice dicha voluntad mediante el aprovechamiento de los efectos derivados del contrato objeto del debate".

MANRESA, haciéndose eco de la Sentencia de 21 de Octubre de 1958, concluye "...se admite la ratificación tácita o derivada de actos propios irrecusables demostrativos de la declaración de voluntad dirigida a crear efectos jurídicos dentro de una concreta relación; y el consentimiento operado por la ratificación tácita al aceptar, vinculó y otorgó plenitud de eficacia jurídica, pues los hechos suelen ser a veces más expresivos que las palabras pronunciadas o escritas, cuando son inequívocos y dirigidos a determinada finalidad, cual también lo exige en el caso, la justicia conmutativa rectora de los contratos con obligaciones recíprocas. (Sentencia de 21 de Octubre de 1958)" (24).

En materia exclusiva de asunción de deudas

(24) MANRESA: Comentarios..., cit. t.VIII, vol. 2º, pág. 469.

da y respecto a la aceptación que el acreedor debe otorgar dando por bueno el acuerdo de su cesión en la deuda, verificado por su deudor y el tercero o asumiendo, aparece por primera vez en la doctrina jurisprudencial la posibilidad jurídica de la transmisión pasiva de la obligación, como se recoge en la Sentencia de 16 de Junio de 1.908, la cual, al referirse al requisito exigido por el artículo 1.2o5 del Có digo civil, "consentimiento del acreedor", expresa que la voluntad de ésta puede ser manifestada sin sujeción a forma determinada, "porque, dice el Tribunal Supremo, siendo su noto rio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor, basta conque éste manifieste dicho consentimiento en cualquier forma y momento, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente". En igual sentido podemos citar las Sentencias de 28 de Octubre de 1.910, 22 de Junio de 1.911, 9 de Abril de 1.930, 10 de Junio de 1.943 y 22 de Febrero de 1.946.

A este propósito de la aceptación por par te del acreedor que exige el referido artículo 1.2o5 del Código civil, PEREZ GONZALEZ Y - ALGUER lo califican de "ratificación". Si la asunción de deuda "se concluye por contrato

entre el que asume la deuda y el hasta entonces deudor, su eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor, que puede "darla tácitamente" (25). Con cuya observación no sólo se ha reputado de ratificación el acto del acreedor, sino que el contrato del deudor con el asumiente se entiende válido, pero sometido a la conditio iuris de la ratificación a fin de que tenga eficacia para el tercero-acreedor, que es interesado en la sucesión en la deuda, pero no es parte en el contrato. Así es observado, también, por BONET - RAMON, cuando dice: "El convenio entre el deudor y el tercero no produce efectos sin la - aprobación del acreedor, al que sin su voluntad no se le puede obligar a aceptar un deudor por otro; mientras tanto, los efectos se limitan a las partes, ya que el acreedor puede oponer la excepción res inter alios acta" (26). Es decir, mientras los efectos se contraigan a - las partes, es indudable que el negocio jurídico objeto de esta ratificación ha sido válido y no inexistente.

- - - - -
(25) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER: En sus anotaciones a la obra de ENNECCERUS: Derecho de obligaciones. vol. 1º, 2ª ed., pág. 421.

(26) BONET RAMON: Comentario a la Sentencia de 22 de Febrero de 1946, En R.D.P., 1946, pág. 551.

f) La ratificación deberá producirse antes de la revocación del negocio objeto de la misma.

Ello constituye una lógica deducción de la característica reseñada en el apartado c), pues la ratificación presupone la existencia y validez del negocio jurídico pendiente de la misma. Si la ratificación es una declaración de voluntad que ha de recaer sobre un negocio objeto de la misma y si el negocio ha desaparecido con anterioridad al acto de la ratificación, ésta se encontraría colgada sin posibilidad de realización, al no poder operar sobre lo inexistente.

Por consiguiente, es preciso que el negocio objeto de la misma subsista al tiempo de la ratificación, o sea, que no haya sido revocado por sus autores, por quienes, en definitiva, lo dieron a conocer al futuro ratificante con anterioridad al acto de la ratificación y, también, que no se haya extinguido por las causas de resolución y extinción prevenidas en Derecho para los negocios jurídicos.

El contrato de asunción de deuda que se ha de ratificar, constituye el negocio jurídico objeto de la ratificación. Y, como quiera

que la ratificación es, en definitiva, un negocio jurídico -aunque de carácter unilateral-, éste sería inexistente por falta de uno de los elementos esenciales del mismo, cual es el objeto, pues el objeto constituye un elemento esencial de los negocios jurídicos, por aplicación analógica del número 2º del artículo 1261 del Código civil relativo a la existencia de los contratos, así como los artículos 1.271 a 1.273 del mismo Cuerpo legal.

De igual modo, el Tribunal Supremo, resalta esta característica a propósito de la asunción de deuda celebrada por vía de Delegación, en la ya citada Sentencia de 16 de Junio de 1.908, cuando, al referirse al consentimiento que debe prestar el acreedor -y que equivale a ratificación- dice: "mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente".

g) La ratificación tiene carácter retroactivo. Es decir, la ratificación opera sobre el negocio objeto de la misma acogiendo sus efectos, no desde el momento mismo en que éstos son aceptados por el ratificante, sino desde la fecha de celebración del negocio-objeto.

Es la retroactividad de la ratificación -

una cuestión debatida, por cuanto que ninguno de aquellos preceptos del Código civil que la mencionan, expresan su carácter retroactivo, a diferencia de cómo lo especifica al mencionar, en cambio, la confirmación, la cual subsana el negocio con efectos ex tunc; "La confirmación purifica el contrato de los vicios que adoleciera desde el momento de su celebración", dice el artículo 1.313 (27).

Tanto la doctrina jurídica, como la sentada por el Tribunal Supremo, vienen, tradicionalmente, manteniendo la retroactividad de la ratificación. Así, MANRESA, "La ratificación produce, en general efectos ex tunc entre las

- - - - -
- (27) La Sentencia de 25 de Junio de 1946, establece las diferencias entre ratificación y confirmación, así como sus analogías, - constituyendo, precisamente, el efecto retroactivo uno de los puntos diferenciadores de ambos institutos, y, al respecto, dice "Que en cuanto al contenido jurídico - de ambas instituciones, la confirmación - ha de tener forzosamente efecto retroactivo, no solo por imperio, de lo expresado - en el artículo 1.313 del Código civil..., mientras que en la ratificación, sobre no existir precepto en que explícitamente se señale su retroactividad - aunque en principio deba ésta inferirse de los términos en que está concebido el artículo 1.259-".

partes contratantes que antes de élla no estuvieron unidas por vínculo obligatorio" (28). De modo más concluyente, DIEZ PICAZO dice que "sana el negocio retroactivamente" (29). Y, ALBALADEJO, apoyándose en una amplia jurisprudencia, muestra como fundamento de la retroactividad de la ratificación, la analogía que - en este aspecto ésta presenta con el cumplimiento de la condición que se preceptúa en el artículo 1.12o; "Los efectos de la obligación condicional de dar -dice el artículo referido-, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella". Y es - por esto, que el citado autor manifiesta que "la ratificación opera retroactivamente: se considera desde la celebración del negocio - que este es eficaz y que lo es por el dominus" (30).

Es evidente esta analogía, pues en definitiva, la ratificación puede reputarse como una condición a la que queda sometido el nego

- - - - -
(28) MANRESA: Comentarios..., cit., pág. 468.

(29) DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS: Instituciones de Derecho civil, vol.I, 1973, pág. 280.

(30) ALBALADEJO: Derecho civil, cit. t. I, vol. 2o, págs. 386 y s.

cio jurídico objeto de la misma para lograr su plena validez y efectividad. Así fue calificada por el Tribunal Supremo en la anteriormente citada Sentencia de 7 de Julio de 1.944 (31): "...un negocio en estado de suspensión, subordinado a una conditio iuris", (32). Por tanto, cumplida esta condición jurídica, estaremos en el supuesto analógico contemplado en el citado artículo 1.120. Precisamente fué esta, la sentencia que arrancó de BONET RAMON el siguiente comentario: "Los efectos que produce la ratificación se resumen en la máxima ratihabitio mandato comparatur. Cuando ha sido dada la ratificación, se entiende que el contrato ratificado ha sido originariamente concluído, fundado en un mandato; y como en tales hipótesis éste habría producido sus efectos para el mandante desde el momento de la conclusión, así debe admitirse que sucede también en el caso de la ratificación. La ratificación, en otras palabras, retrotrae al momento de la conclusión del contrato" (33).

- - - - -
(31) Supra apartado f) de este capítulo.

(32) En igual sentido la S.del T.S. de 14 de Diciembre de 1.940.

(33) Comentario citado en R.D.P., 1944, págs. 796 y s.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como decíamos anteriormente, se muestra muy reiterativa a favor de la ratificación, siempre que se le depara ocasión para ello. Así, la Sentencia de 5 de Abril de 1950, "cualesquiera que sean las diferencias que caben - señalar, y el recurrente señala, entre la - confirmación y la ratificación de los contratos, a las que se refieren los citados artículos, ambas pueden ser tácitas y productoras de efectos retroactivos". Con referencia a todos los contratos en general en que sea precisa la acción de la ratificación, el Tribunal Supremo estima la retroactividad como algo connatural a la misma, como algo que le es implícito y que por tanto, se dá por supuesto. Así dice en la de 16 de Diciembre de 1.952, "puesto que la ratificación de los - contratos opera con efecto retroactivo y así lo tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de Mayo de 1.897". En la de 27 de Mayo de 1.958, en la que explica el fundamento de la retroactividad, al calificar la ratificación como una conditio iuris, dice: "Que la ratificación posterior del representado purifica el negocio, según el conocido brocardo ratih-

bitio mandato comparatur, recogido paladinamente por el párrafo segundo del aludido artículo 1.259, ratificación que hace válido el negocio desde su origen y durante la pendencia de la conditio iuris que la ratificación supone (Sentencias de 14 de Diciembre de 1940 y 7 de Mayo de 1944), y que la Sala de instancia estima efectuada como un hecho aquí no combatido en forma (ratihabitio retrotrahitur ab initio)". Finalmente, es el propio Tribunal Supremo quien se hace eco de su constante reiteración en este aspecto de dotar de efectos ex tunc a la ratificación, cuando dice en su Sentencia de 3 de Julio de 1962: "ya que la ratificación posterior a través de un mandato con poderes bastantes purifica el negocio desde su nacimiento, según constante Jurisprudencia de esta Sala interpretando el párrafo 2º del artículo 1.259 del Código".

Por consiguiente, podemos afirmar que, tanto en la doctrina jurisprudencial, como en la doctrina jurídica, la retroactividad del negocio jurídico unilateral llamado "ratificación", es algo que no ofrece la menor duda. Pues si bien, no existe precepto alguno en nuestro Código que explícitamente lo declare,

probablemente es porque ni siquiera es necesario, ya que puede considerarse la retroactividad como un efecto natural del negocio jurídico de la ratificación.

Como límite a la retroactividad de la ratificación se señala el interés de un tercero por derechos adquiridos en el interin o medio tempore. Así aparece dicho en la obra de MANRESA (34) y con iguales palabras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de - 1946, que dice "cabe que el interés del tercero, por derechos adquiridos en el interin impida tal retroacción".

Esta observación jurisprudencial y doctrinal, sin dejar de ser cierta, no constituye, a nuestro juicio, una excepción particular a la regla general de la retroactividad como efecto propio de la ratificación, pues puede aplicarse como principio a cualquier otro instituto jurídico, ya que no es otra cosa sino una regla general de protección de terceros y no excepción específica en materia de ratificación.

- - - - -

(34) MANRESA: Comentarios..., cit. pág. 468.

Es de esta misma opinión el Profesor ALBALADEJO, cuando dice: "Habitualmente se dice que son límite a esa retroacción los hechos adquiridos medio tempore, por terceros.

En este sentido, también el Tribunal Supremo, Sentencias de 25 de Junio de 1946 y 2 de Julio de 1945, y resoluciones de 3 de Julio de 1926 y 3 de Marzo de 1953.

Pero me parece más exacto afirmar que la retroacción de la ratificación es siempre absoluta, sin que haya que establecer excepción particular alguna, sino simplemente aplicar - las reglas generales de protección de terceros (que no procede tratar aquí), a cuyo tenor, ciertamente, en algunos supuestos la retroacción puede ser irrelevante frente a aquellos. Este debe ser el sentido que se dé al aforismo: Ratihabitio non retrahitur in prejudicium tertii.

Asimismo puede ocurrir que por incompatibilidad de la ratificación con otro acto realizado medio tempore por el dominus, aquella no pueda verificarse" (35).

- - - - -
(35) ALBALADEJO: Derecho civil, cit. pág. 387. Y también NÚÑEZ LAGOS: La ratificación, en R. D.N., 1956 y ed. separada, pág. 39 y ss., citado por ALBALADEJO en Nota 3.

En materia de asunción de deuda -que es el objeto de este trabajo y cuyo fin es por lo que estamos analizando el problema de la ratificación: ratificación del acreedor-, el problema de la retroactividad de la ratificación del acreedor es de capital importancia, cuando la asunción de deuda se ha realizado por contrato entre el deudor y el tercero, -pues es cuando es necesaria la intervención del acreedor, ex post facto, ratificando dicho contrato para que el mismo pueda surtir efectos para él.

Si la declaración de voluntad del acreedor, que es unilateral, no tuviere por finalidad tomar para sí lo que ya ha sido realizado por otros (forma pretérita y tiempo perfecto que indica una acción acabada), tendríamos, sin más remedio que decir:

a) Que hasta la ratificación del acreedor, no hay contrato de asunción de deuda. Y si no hay contrato, no puede haber efectos derivados del mismo. Y si no hay efectos producidos, si estos son inexistentes, difícilmente se podrían aceptar por el acreedor. Habría una imposibilidad material para verificarse la ratificación. La conclusión tiene que ser

a fortiori que el contrato de asunción sea existente por obra de deudor y tercero y que la ratificación -que es posterior- se retrotraiga al acto de la constitución del contrato.

b) Del mismo modo, el ratificante, en dicho caso, no sería persona ajena a la relación contractual de asunción de deuda, sino que por el contrario sería parte en el mismo contrato. En este supuesto, quedaría desvirtuada la ratificación, pues tampoco habría algo que ratificar. No cabe ratificar lo hecho por uno mismo con voluntad libre.

c) Y si como decimos, el acreedor es parte principal en el contrato, su declaración deja de ser un negocio jurídico unilateral -constitutivo de la ratificación, pues implica, por el contrario, un negocio jurídico bilateral, o sea, el contrato. De este modo, al ratificar el acreedor sin efecto retroactivo, se convertiría en sujeto, o sea, en una de las partes principales del contrato de asunción de deuda. En conclusión, la ratificación no sería tal ratificación.

Ratificar, en su verdadera acepción, es tomar para sí lo hecho por otro u otros. En

otro caso, sería contratar, es decir, el concurso de la oferta y de la aceptación, como manifestación del consentimiento, según el propio significado del artículo 1.262, párrafo primero del Código civil. Aceptación del acreedor sobre la oferta que recibe de su deudor, del asumiente o bien de ambos conjuntamente (oferta colectiva). En este caso, no habría una - asunción de deuda por el mecanismo de la delegación, por acuerdo del deudor con un tercero ajeno a la relación de aquél con el acreedor, ya que una de las partes contratantes es el - acreedor, como sujeto indispensable; la otra parte sería el deudor o el asumiente o ambos a la vez. Por consiguiente un contrato con - dos partes o con pluralidad de partes, respectivamente.

Precisamente por ello, negar la retroac-tividad a la ratificación del acreedor es tanto como negar la posibilidad del contrato de asunción de deuda por el mecanismo de la delegación. Es el efecto retroactivo de la ratificación uno de los argumentos básicos para desvirtuar la teoría de la "oferta colectiva" formulada como explicación para justificar la - existencia en el Derecho de la figura de la - asunción de deuda.

En conclusión, nos atrevemos a formular que la declaración de voluntad del acreedor respecto al contrato de asunción de deuda - realizado por vía de delegación, es un negocio jurídico unilateral llamado ratificación, y siempre con efectos retroactivos. Si la ratificación debe tener efectos ex tunc en cualquier otro supuesto, en el caso de la asunción de deuda es del todo punto necesaria la retroactividad a fin de que la misma pueda - tener entrada en el patrimonio del acreedor.

No puede ser otro el significado del artículo 1.205 del Código civil.

Como observa GARCIA VALDECASAS, G., recogiendo la opinión de PEREZ GONZALEZ Y ALGUER: "El efecto retroactivo supone que la situación jurídica del nuevo deudor se determinaría como si la transmisión se hubiese verificado en el momento de celebrarse el contrato de asunción; por consiguiente debería los intereses devengados a partir de aquella fecha, respondería igualmente de los daños y perjuicios - ocasionados al acreedor, etc. La solución contraria a la retroactividad haría recaer sobre

el antiguo deudor todas estas obligaciones" (36). Lo que supondría, indudablemente, que el deudor primitivo no había sido totalmente liberado. Si hay retroactividad, responderá plenamente el nuevo deudor. Si no hay retroactividad, y no obstante se sostiene que el antiguo deudor ha sido liberado, ¿quién responde entonces?. La no retroactividad de la ratificación del acreedor o, bien no produce auténtica sucesión en la deuda, en cuyo caso nada tenemos y todo lo verificado para qué, o bien si la produce, su propia declaración constituiría un perjuicio para el mismo declarante o acreedor, y como dice la Sentencia de 16 de Junio de 1.908, "porque siendo su notorio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor, basta con que éste manifieste dicho consentimiento en cualquier forma y momento". Por ello, PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, aludiendo a la referida Sentencia, mantienen la retroactividad de la ratificación del acreedor: "La misma Sentencia (se está refiriendo a la ya citada -

- - - - -

(36) GARCIA VALDECASAS, G.: Sucesión en las deudas a título singular. En Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas, 1968. T. II, págs. 224 y s.

de 16 de Junio de 1.908) y el carácter retro activo que podemos atribuir a la ratificación dentro del derecho español (Cf. por analogía los arts. 1.259, 1.313, 1.727 y 1.892) nos per miten aceptar las soluciones del texto (Cf. - Sentencias de 7 de Mayo de 1.897 y 14 de Di- ciembre de 1.940)" (37).

Este razonamiento analógico es mantenido también por ALBALADEJO: "Requiriéndose el con sentimiento del acreedor (Art. 1.205, in fine), que hace eficaz para él aquel acuerdo desde - que se celebró, y que puede ser prestado en - cualquier momento y forma, mientras que dicho acuerdo subsista (artículo 1.259 - 2º o bien 1.257, 2º)". "Ver lo dicho en 158, número 8 y jurisprudencia citada allí, ya que la razón - es la misma, y parte de dicha jurisprudencia recayó en casos de novación modificativa" (38).

También JORDANO, y en aras del propio - acreedor, se muestra decidido partidario de - la retroactividad de la ratificación, al anali zar el contenido de la Sentencia de 10 de Fe- brero de 1.950: "La ratihabitio del acreedor,

(37) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER: Notas a ENNECCE-
RUS. Derecho de Obligaciones, 2ª ed. Vol.
1º, pág. 421.

(38) ALBALADEJO: Derecho civil..., cit. 282 y
Nota 3.

subsana^{do} el defecto de legitimación, operará así retroactivamente, en armonía con la voluntad de los tres interesados en el negocio", y fundamenta su necesidad de que así sea, no solo en razón del acreedor, sino en apoyo de la meritada sentencia y también, por aplicación - analógica de los arts. 1.259, 1.313, 1.727 y 1.892 del Código civil. "In limine a la indagación dirigida a encontrar el fundamento técnico-jurídico de la asunción de deuda hecha a espaldas del acreedor debe tenerse por cierto un dato que parece imponer, no solo el resultado práctico del negocio normalmente querido por las partes (en el 90 por 100 de los casos), sino también el derecho positivo: y es el carácter retroactivo de la ratihabitio del acreedor. Como toda ratificación, aquélla opera dentro de nuestro ordenamiento con efectos ex tunc (cfr. arts. 1.259, 1.313, 1.727 y 1.892 del - C.c.)" (39).

Por tanto, el consentimiento del acreedor a que se refiere el artículo 1.205, manifestado en "cualquier forma y momento" -como deja reiteradamente sentado el Tribunal Supremo-, es una ratificación, la cual constituye un negocio ju

(39) JORDANO: Asunción de deuda. Comentario a la Sentencia de 10 de Febrero de 1950. En A.D.C., 1.950, pags. 1.382 y 1.381, respectivamente.

rídico unilateral ex post facto, con natural efecto ex tunc como ingrediente para la composición del contrato de asunción de deuda por el mecanismo de la delegación.

El profesor JOSE BELTRAN DE HEREDIA llega a idénticas conclusiones, aunque partiendo de un tratamiento diferente, opuesto a las teorías patrimonialistas y objetivistas de la obligación (40), señalando, en cambio, de un lado, el acento personalista y subjetivista de la obligación y del derecho de crédito y, de otro lado, manteniendo el principio tradicional y clásico de la relatividad del contrato con base en los artículos 1.091 y 1.257 del Código civil, en -

- - - - -
- (40) Frente a las teorías sustentadas por WINDS
CHEID: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9ª ed.
Frankfurt, 1.906, II, págs. 86 y ss., BRINZ:
Diritto delle Pandette, trad. italiana, págs.
207 y ss., BINDER: Iherings Jahrbücher, -
1926, págs. 75 y ss., BEKKER: Savignys Stif-
tung. Römische Abteilung, 1.902, págs. 10 y
ss., PACCHIONI: Trattato delle Obbligazioni,
págs. 40 y ss., POLLOCK: Law of contracts,
págs. 68 y ss., TEDESCHI: La tutela aquilia-
na del creditore contro i terzi, en la R.D.
C., 1953, págs. 291 y ss., FRIEDMANN: Law
in achanging Society, Stevans and Sons, Lon-
dres 1959, págs. 90 y ss. y GINOSSAR: Droit
reel, propriété et creance, 1960 págs. 49 y
ss. y, también en su obra Liberté contrac-
tuelle et respect des droits des tiers, 1963.

que las convenciones tienen el valor de "ley privada" entre las partes exclusivamente y no constituyen, por tanto, fuente del Derecho objetivo.

La relatividad del contrato constituye la norma general y lo contrario la excepción. La eficacia de un contrato sólo se extenderá a - un tercero, si éste acepta de algún modo lo - convenido por los contratantes. Dice el citado profesor: "Señal inequívoca de la eficacia relativa de las obligaciones contractuales", pues "al ser supuestos excepcionales con respecto de aquella regla general, su admisión - solo sería posible cuando expresa y concretamente fuese establecida por el legislador" (41). De donde se infiere que, para que los efectos de un contrato alcancen al patrimonio de un - tercero, se requiere, por tanto, que, además de estar dicho supuesto previsto en la ley, se verifique la ratificación por parte de dicho tercero. No otra significación tiene la exigencia del artículo 1.2o5 del Código civil que

- - - - -

(41) JOSE BELTRAN DE HEREDIA: Concepto del fraude civil. (Conferencia pronunciada en la Academia Matritente del Notariado, el día 29 de Marzo de 1965. Publicada en A.A.M.N. T.16, 1968, págs. 177 y ss., especialmente págs. 2o8 y ss.

contempla el supuesto de sustitución de deudores (asunción dedeuda), en relación con el número 2º del artículo 1.2º3.

Esta interpretación es ratificada por el Tribunal Supremo, como puede colegirse de la Sentencia de 25 de Abril de 1975 -en la que, precisamente, fué ponente el referido Profesor J.BELTRAN DE HEREDIA-. Dicha - Sentencia, en base a la relatividad del contrato contempla un supuesto de asunción de deuda y dice: "y porque supone la derogación del régimen normal, la asunción debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en ese sentido de parte del asuntor, así como del conocimiento y consentimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita y presuntiva".

Por tanto, y a este respecto, podemos concluir que el principio de la relatividad del contrato constituye uno de los fundamenentos para la exigencia de la ratificación del acreedor en el supuesto de asunción de deuda por el mecanismo de la delegación.

CAPITULO V

Contenido del contrato de asunción de deuda:

Sus efectos.

El principal efecto de la asunción de deuda es que se produzca la sustitución del deudor por otro nuevo en una relación jurídica obligatoria preexistente, sin que se ocasione trauma alguno en dicha relación. O sea, sustitución del deudor, inidem debitum. Es una sucesión en la deuda, una transmisión de la deuda, una modificación subjetiva pasiva de la obligación, y, en todo caso, permaneciendo ésta inalterable.

Sin embargo, no siempre se produce esta inalterabilidad en su aspecto integral. Una relación obligatoria suele ser casi siempre una institución compleja, que por ello

va acompañada de una gama de obligaciones de menor entidad que traen causa de aquella o - bien existen en función de la misma: garantías personales y reales, cláusula penal, - arras o señal, pago de intereses convenidos, o bien intereses por demora, etc., así como determinadas excepciones que pueden hacerse valer en juicio.

Por todo ello, se estima necesario exponer a continuación una relación de efectos - consecuentes.

1. En un sentido subjetivo, el efecto - primordial de la asunción de deuda es la sustitución del deudor por un tercero ajeno a - su relación -el asumiente-. O sea, un tercero viene a ocupar en la relación obligatoria la plaza desempeñada por el deudor. Son los sujetos, las personas, las que se desplazan. En virtud de esta operación, el deudor queda liberado. En este sentido subjetivo, la asunción de deuda tiene el significado de una sucesión en la deuda, pues la deuda, no se desplaza.

En sentido objetivo, podemos decir que el deudor transmite a un tercero su deuda y

éste la adquiere, quedando, igualmente, aquél liberado. Entendido así, la asunción de deuda denota la idea de transmisión, pues es la deuda la que se desplaza de un sujeto a otro.

Sucesión y transmisión son dos expresiones que, partiendo de ángulos distintos, convergen en un mismo significado.

Son dos maneras de expresar que el deudor queda liberado por la asunción de deuda.

2. Y como en definitiva, lo único que se opera es una sustitución en el sujeto pasivo o deudor, la deuda sigue siendo la misma, el idem debitum, quedando, por consiguiente, inalterada en todos sus ingredientes, la relación obligatoria. Dicha relación obligatoria ni se extingue (caso de novación) ni sufre trauma alguno.

Por consiguiente, al permanecer idéntica la relación obligatoria sobre la que se opera la sustitución del deudor, ésta continuará teniendo la misma naturaleza jurídica civil o mercantil. Lo cual es digno de tenerse en cuenta a la hora de relacionar los fundamentos de derecho sustantivo en el ejerci-

cio de la acción de cumplimiento. Es la asun
ción de deuda la que tomará la naturaleza de
la relación sobre que opera. La asunción de
deuda será un contrato civil o mercantil se-
gún que la relación obligatoria sobre la que
aquella opera, sea civil o mercantil. Y todo
elb, porque, como hemos dejado expuesto al -
hablar de la naturaleza jurídica de la asun-
ción de deuda, se trata de un contrato abs-
tracto y como tal toma la causa de la rela-
ción obligatoria sobre que se actúa.

3. Del mismo modo que la deuda es obje-
to de transmisión, podemos decir que junto a
ella se transmiten todas las garantías del -
crédito, por razón de comunidad de destino,
pues su naturaleza accesoria hace que siga la
suerte o destino de la deuda principal que ga
rantiza.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo
de las garantías del crédito constituídas por
un tercero. Estas solo serán objeto de asun-
ción de deuda cuando de modo expreso sea con
sentida su asunción por el propio tercero ga
rante. Por ello, puede suceder: que se asuma
la deuda principal, sin que con ésta se trans
mitan las garantías constituídas por un terce

ro; asunción de la obligación principal y, - además, de las garantías establecidas por un tercero (esto solo sucederá cuando así se pacta con dicho tercero obligado); y, finalmente, asunción exclusiva de las garantías constitufdas por un tercero, sin que se asuma, en cambio, la deuda principal garantizada. En este - último caso, solo se produce la liberación del tercero garante y su sustitución por el asumiendo, como si de una asunción normal de deuda se tratara.

Esto queda así dicho en líneas generales, No debe descenderse al análisis de cada garantía en particular, pues que nos apartaría del del tema propio de la asunción de deuda y pertenece, en cambio, a la teoría general del De-recho de obligaciones, pues son innumerables las garantías que en este orden pueden establecerse para asegurar la efectividad del crédito y cada una goza, en mayor o menor medida, de especial regulación. Como dice RUGGIERO: - "los medios conque el derecho del acreedor se asegura y realiza son tantos y tan variados - cuantas son las especies y formas de las obligaciones. A cada una de estas corresponde una

acción especial, que aún cuando carezca de especial nomen iuris, como lo tenía en De recho romano, posee, no obstante, un contenido y un carácter propios, en atención al fin que persigue; cada una posee especiales medios para asegurar al acreedor el cumplimiento; su regulación sólo es posible estudiarla al tratar de cada una de las instituciones en particular" (1).

En las garantías personales constituidas por un tercero, es claro que éstas no podrán ser objeto de asunción sin la intervención de dicho tercero. Solo a título de ejemplo, observamos cómo la fianza, y por el mero hecho de prorrogarse el plazo de - vencimiento de la deuda que garantiza, en virtud de acuerdo entre el acreedor y su - deudor, sin el consentimiento del fiador, es motivo más que suficiente para que se extinga la fianza, pues así lo prescribe el artículo 1.851 del Código civil. Y, si así suce

- - - - -

(1) RUGGIERO: Instituciones de Derecho civil. Vol. 2º. Madrid, 1.931, pág. 148.

de por el simple hecho de la prórroga, con mayor razón se extinguirá esta garantía en el supuesto de cambio del deudor por otro nuevo sin el consentimiento del fiador."Si la simple prórroga -como dicen PEREZ GONZALEZ y ALGUER- concedida por el acreedor al deudor, sin el consentimiento del fiador, basta para que la fianza se extinga, con mayor razón bastará la sustitución del deudor, que es hecho de mayor gravedad para - el fiador" (2).

4. Junto con la deuda principal, se asumirán todas aquellas obligaciones accesorias, que de suyo sean transmisibles, que traigan causa de la misma o bien se haya constituido en función de aquella por el propio deudor y en bien de su acreedor.

La razón de esto estriba, en que en virtud de la asunción, la obligación no se extingue, sino que permanece la misma. Y por ello, tampoco se extinguirán las obligaciones accesorias, sino que seguirán la suerte o destino de la principal.

(2) PEREZ GONZALEZ y ALGUER: Notas al Derecho de Obligaciones de ENNECCERUS, II, vol.1º, pág. 427 de la 2ª edic.

Precisamente, esto constituye uno de los fundamentos de distinción entre la asunción de deuda y la novación por cambio de deudor, pues en ésta se extinguen las relaciones accesorias como consecuencia de la extinción de la relación principal, mientras que, como decíamos, en la asunción de deuda todo permanece in idem debitum. Y esta diferencia en sus efectos, no sólo constituye el fundamento de la distinción - de ambas instituciones, sino que revela la preeminencia de una sobre otra, lo cual nos conduce, sin más remedio, a dictaminar la conveniencía de admitir y regular en nuestro Derecho, la figura de la asunción de deuda como vehículo - adecuado de transmisión de obligaciones en su aspecto pasivo, sin parentesco alguno con la - figura de la novación tradicional.

La asunción de las obligaciones accesorias, constituye una de las mejores garantías en favor del acreedor, el cual, por el vehículo de la novación no puede llegar a alcanzar, por lo que le conducirá a consentir con mayor frecuencia aquélla institución de la asunción, en vez de la artificiosa novación.

De tal modo suceden así las cosas que, junto a la asunción de la deuda principal, se asumirán también, los intereses vencidos y - continuarán devengándose los intereses pactados por el deudor anterior. En la novación, por el contrario, al constituirse la nueva obligación, si los intereses se silencian, no seguirán devengándose. En la asunción de deuda, sucede al revés, o sea, para que éstos - no se sigan devengando, será preciso que así se exprese en el correspondiente contrato de asunción, pues es efecto natural, la asunción de los mismos. Y si la transmisión de la obligación de seguir pagando intereses es un efecto natural de la asunción de la deuda principal y en este contrato de asunción se ha convenido su eliminación, ¿qué habrá sucedido?. Creemos que, por una parte, habrá habido una asunción de deuda en cuanto a la obligación principal se refiere, llevando consigo la liberación del deudor, lo cual supone una asunción parcial, y, por otra parte, en cuanto que no se ha asumido la obligación accesoria del pago de intereses, esta obligación continuará subsistente a cargo del deudor primitivo que, en este caso, no queda liberado.

También puede ocurrir, que en el contrato de asunción de deuda se acuerde la asunción de la deuda principal y la extinción de la accesoria del devengo de intereses. En este caso, por una parte ha habido transmisión de la deuda, y por otra parte extinción y no transmisión de la obligación de intereses. Por consiguiente, ha habido un doble efecto: uno responde al concepto de asunción y otro al de novación. Como quiera que son instituciones diferentes, entendemos que o se produce asunción o se produce novación, pero no ambas cosas a la vez. En este supuesto caso, la modificación de la relación obligatoria ha sido de tal entidad, que hace presumible la existencia de un contrato de transacción que lleva implícito más bien una novación que una asunción, puesto que, en definitiva, el resultado final ha sido el nacimiento de una nueva obligación que difiere de la anterior, en cuanto no lleva consigo el devengo de intereses.

A este respecto, se nos antoja criticable, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, la de 30 de Marzo de 1.978, que califica de asunción de deuda el contrato celebrado por un tercero con el acreedor, en vir-

tud del cual aquél asume la deuda del deudor primitivo en cantidad inferior, se extingue el resto de su cuantía, se alteran los plazos de vencimiento sustituyéndose por - otros nuevos y sin la obligación de devengar intereses. Ello nos lleva a pensar que se - trata, lógicamente, de una novación por la - ~~que se extingue la deuda principal con la acce~~ accesoria de pago de intereses y en su lugar se ha constituido una obligación nueva: de menor cuantía que la anterior, con nuevos plazos de vencimiento de la obligación y sin la accesoria - del devengo de intereses.

Del mismo modo que hemos dejado expuesto respecto a la obligación accesoria del devengo de intereses, debe suceder sobre condición y - plazo. De tal suerte que, si la deuda objeto - de asunción está sometida a condición o a plazo, estas circunstancias no sufrirán altera- - ción alguna. El asumiente, al suceder al deudor, se hará cargo, naturalmente, de las mismas condiciones y plazos a que estuviere sometida la deuda asumida. Lo cual constituye otro de - los efectos que marcan una notable diferencia con la novación. De tal modo es esto así, que si en la novación, la condición no se fija de

nuevo, la obligación nueva se constituirá pura y no condicional; y de la misma manera, si en el acto de la novación no se fija plazo - de vencimiento de la nueva obligación, no puede reputarse el mismo plazo fijado en la obligación novada, sino que sería preciso que fuera fijado por los Tribunales en el correspondiente procedimiento declarativo que por su - cuantía corresponda.

El problema del plazo de vencimiento de las obligaciones, tiene un especial relieve en materia de arrendamientos rústicos y nos marca una trascendental diferencia entre asunción y novación, al tiempo que nos revela la necesidad de aplicar la asunción en vez de la novación como institución más idónea y favorable al arrendador, para los supuestos de cambio o sustitución de arrendatarios. Lo cual vamos a comprobar a continuación.

Todos los contratos de arrendamientos rústics están sometidos a unos determinados plazos de vencimiento, cuyos plazos no pueden ser inferiores a los establecidos por la ley (3).

- - - - -

(3) Véase el artículo 9º de la Ley de 15 de Marzo de 1.935 y artículo 2º de la Ley de 23 de Junio de 1.940.

Con anterioridad al vencimiento del contrato de arrendamiento, si opera la asunción, el plazo de vencimiento no sufre alteración alguna, será el mismo, pues se computará el tiempo transcurrido desde el inicio del contrato de arrendamiento, o sea, el plazo de vencimiento será el tiempo que reste; asimismo, la renta seguirá devengándose en los mismos plazos fi jados para el anterior arrendatario, y los aumentos de renta, si los hubiere, serán en base a la fecha inicial del contrato de arrendamiento, puesto que continúa vigente el mismo. Por el contrario, si se tratare de una novación, estaríamos en presencia de un nuevo contrato de arrendamiento, pues al anterior se habría extinguido por efecto de la novación. El plazo ya no será el que reste para el vencimiento del contrato anterior. Tampoco es po sible pactar un plazo nuevo igual al que reste para lograr una obligación de igual contenido que la extinguida, puesto que al tratarse de un nuevo contrato, el plazo de duración de éste no podrá ser inferior al fijado en las leyes especiales en materia de arrendamientos rústicos. De igual modo, los aumentos de renta autorizados, ya no se computarán a partir de la fecha inicial del contrato extinguido,

sino a partir de la fecha en que tiene lugar la novación, o sea, el nuevo contrato.

Por todo ello, concluimos que, ¡eh aquí!, un supuesto clave por el que no es posible equiparar ambas figuras: asunción de deuda y novación por cambio de la persona obligada. Ya que por medio de la tradicional novación no pueden lograrse los mismos efectos que se alcanzan - con el uso de la asunción de deuda.

5. En materia de excepciones oponibles al acreedor, sucede otro tanto.

El asumiendo, asume, además, todas las excepciones que hubiere podido oponer el deudor a su acreedor con relación a la pretensión de cumplimiento. En cambio, no podrá oponer las excepciones que se derivan del contrato de asunción de deuda, tales como la de prescripción, así como la denominada "exceptio non adimpleti contractus", ni la de nulidad del propio contrato, etc. Pues todo ello es consecuencia del fenómeno de abstracción de la causa como característica muy peculiar de este tipo de contrato, ya que la causa se desplaza, porque se asu

me la correspondiente a la relación obligatoria sobre la que se opera la asunción de deuda.

Por otra parte, y como dice BIGIAVI, comentando el Código civil italiano en materia de excepciones, "cuando el artículo 1.272 par. 3 habla de excepciones que el deudor originario había podido oponer al acreedor, se refiere evidentemente a excepciones que yo considero como ya maduras, perfectas (por ejemplo), un vicio de la voluntad, que invalida el negocio originario, y no a la prescripción aún no cumplida" (4).

La asunción de excepciones, no solo constituye un importante fundamento de diferenciación de este instituto con respecto al de la novación, sino que es totalmente imposible equipararlas, sobre todo, con referencia a la excepción de prescripción. En la novación no puede, en modo alguno, operar la excepción de prescripción. Como efecto normal, en la novación, y por virtud de haberse extinguido la

(4) BIGIAVI: Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código civil italiano. En R.D.P. 1943, pág. 495. Trad. de J.BELTRAN HEREDIA.

relación obligatoria deudor-acreedor, se extinguen también las excepciones que el deudor hubiera podido esgrimir.

Ni siquiera puede aproximarse la novación a la asunción de deuda, aunque en aquella medie el acuerdo de crear una relación obligatoria nueva idéntica a la extinguida y con identidad de excepciones, sobre todo, si consideramos a título de ejemplo, la excepción de prescripción, donde, como veremos, es materialmente imposible crear dicha excepción modificando el tiempo legal para su prescripción. Todo ello se justifica con las razones siguientes:

1º. Porque no puede constituirse una nueva obligación ya prescrita. Esto es una incongruencia. No tendría sentido.

2º. Porque toda obligación tiene un plazo legal determinado de prescripción y éste no puede modificarse arbitrariamente. El nuevo Código civil italiano de 1.942, lo declara así expresamente en su artículo 2.936, y dá lugar al siguiente comentario de BIGIAVI:

"Esta evidente divergencia -que ya había yo puesto en relieve en mi obra en las págs. - 117-8-(5) se hace hoy más sensible por el hecho que el artículo 2.936 declara precisamente nulo todo pacto dirigido a modificar la - disciplina legal de la prescripción, y tam- bién, por consiguiente, todo pacto con el que las partes traten de abreviar el plazo de - prescripción fijado por la ley" (6). Del mismo modo, en nuestro Derecho, aunque no de manera tan explícita como el Código civil italiano, tampoco puede ser pactado el plazo de pres- cripción, pues así se infiere del artículo - 1.961, in fine, cuando habla de "tiempo fija- do por la ley" (7).

Por consiguiente, al verificarse la novación, no puede pactarse un plazo inferior de prescripción del que corresponde legalmente al tipo de obligación novada. Así, veamoslo en el ejemplo siguiente: Si se trata de una obliga-

- - - - -

(5) Se refiere a su obra Delegazione, Padova, 1.940.

(6) BIGIAVI: Novación y sucesión..., cit. pág. 495.

(7) Vid. S.T.S. de 19 de Noviembre de 1.941.

ción derivada de la culpa o negligencia del artículo 1.902, el Código civil le señala un plazo de prescripción de un año (art. 1.968, nº 2º). Si cuando se produce la asunción de deuda han transcurrido ya diez meses, quiere decir que solo restarán dos meses para que pueda alegarse la excepción de prescripción por el nuevo deudor -el asumiente- que neutralice la acción de cumplimiento del acreedor. Por el contrario, si en vez de asunción de deuda, hay novación, no podrá alegarse la excepción de prescripción por el transcurso de los dos meses referidos; el plazo de prescripción tendrá que ser necesariamente el que la ley específicamente señale para la nueva obligación que se ha creado. "Cuando, por el contrario, se defienda la novación, aún admitiendo que el nuevo deudor pueda oponer todas las excepciones que afectaban a la deuda originaria, es evidente, precisamente porque nos encontramos en presencia de una novación, que a la nueva deuda no podrá aplicarse el término especial válido para la deuda originaria" (8).

(8) BIGIAVI: Novación y sucesión..., cit. pág. 495. Id. Delegazione, cit. pág. 117 y 118.

CONCLUSIONES

A la vista del contenido de las páginas que anteceden, creemos llegado el momento de formular a continuación una serie de conclusiones críticas que, por sí solas se desprenden, y que sistematizamos y sintetizamos del modo siguiente:

I. Históricamente, la sucesión en la deuda a título singular, es el precipitado último de la dinámica del concepto de obligación.

A la transmisión mortis causa, sucede la transmisión inter vivos, a la sucesión universal le sigue la particular, y dentro de esta última, a la transmisión activa o del crédito le sucede la de la deuda.

Por tanto, la asunción de deuda es el último escalón en el que o bien la deuda pasa de un sujeto a otro o bien es uno el que sucede a otro en la titularidad de la deuda. Y esto ocurre en los últimos años del siglo pasado.

II. En el Derecho romano, o no existió la sucesión en la deuda a título singular, o de haber existido, no ha sido descubierta.

De los datos obtenidos en torno a la configuración del concepto de obligación, en que el vínculum iuris es una unión sagrada entre los dos sujetos, parece imposible pudiera - concebirse la transmisión de la deuda sin menoscabo de la obligación misma. El grado de perfección solo lo alcanzaron con la figura de la novación. Pero novar no es transmitir, sino extinguir y crear sucesivamente.

III.- El fenómeno transmisor de la deuda solo se produce, cuando cambia el concepto mismo de obligación. Y esto sucede cuando el vínculum iuris, la atadura de los sujetos, se despersonaliza y cuando el elemento patrimonial u objetivo de la obligación pasa a ocu

par un plano preferente. Sobre todo, cuando, suprimida la prisión por deudas, el patrimonio constituye el único soporte del poder de realización por el acreedor de su interés.

La obligación, a consecuencia del desarrollo comercial, no será tanto un vínculo - entre dos personas, como un instrumento de - fines económicos.

En resumidas cuentas, podemos decir que el fundamento del fenómeno transmisor de la obligación está en la nueva concepción de la obligación misma: de un lado, la despersonalización del elemento subjetivo; de otro lado, el protagonismo del elemento objetivo -el patrimonio-.

IV. En el Código civil español, sin perder la obligación su carácter subjetivo o personalista, se hallan síntomas suficientes de la nueva concepción de la obligación, especialmente en torno al elemento patrimonialista. Son un claro ejemplo de ello, el artículo 1911, con carácter general y por su especial regulación los artículos 1.111, 1.291 nº 3º, 1.708, 1.082, 1.083, 1.084 y 403.

V. Entre la asunción de deuda y la novación existen tan hondas diferencias, que nos hacen proclamar que ambas instituciones no sólo son completamente distintas sino incluso incompatibles. Incompatibles tanto en su creación como en sus fines y efectos, hasta el extremo de que no puede aplicarse analógicamente el régimen jurídico de la una para la otra. Ambas figuras no pueden, en ningún aspecto, equiparse.

Jamás podrán lograrse los efectos de la asunción de deuda por el mecanismo de la novación por más extensión que quiera darse a la libre voluntad que proclama el Código civil en su artículo 1.255. La aplicación de una, imposibilita la aplicación de la otra.

Por todo ello, es una incongruencia llamar "novación modificativa", a la sucesión en la deuda, como si esta pudiera ser una variedad de la novación.

Si los efectos son extintivos, es novación.

Si los efectos no son extintivos, es asunción.

VI. Finalmente, la asunción de deuda es un negocio jurídico de especie contractual, atípico y abstracto, por el que una persona (asumiente o asuntor) adquiere la deuda del deudor, liberándolo, bien mediante acuerdo con el acreedor (mecanismo expromisorio), - bien por acuerdo con el propio deudor (mecanismo delegatorio), requiriéndose en este último caso, la ratificación del acreedor.

A) La asunción de deuda es un contrato.
Y lo es tanto en el supuesto de una concepción amplia o extensiva del contrato como - instrumento creador, modificador y extintor de obligaciones, como en el de una concepción restringida, solo creador de obligaciones, pues la modificación subjetiva pasiva de la obligación por cambio de deudor sólo es un resultado, sólo representa la fase de cumplimiento y pertenece a la consumación - del contrato de asunción.

Por ello, podemos concluir que la asunción de deuda es un negocio jurídico de especie contractual, de acuerdo con la doctrina jurídica (cualquiera que sea la amplitud de concepto que ésta tenga), la doctrina ju

risprudencial (que así lo califica en la S. de 16 de Junio de 1.908, que se remite a la de 7 de Mayo de 1.897 y especialmente lo de fine en la de 10 de Febrero de 1.950) y el propio Código civil (artículo 1.254 en rela ción con los artículos 1.088 y 1.089).

B) Es un contrato atípico. Porque no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica del mismo. Ni siquiera se contempla su "nomen iuris". Y aunque algunas de sus normas aparezcan dentro de la sección de la novación, no tiene parentesco alguno con ésta, como ha quedado ya expuesto. La asunción de deuda es una institución totalmente nueva que puede sólo encuadrarse en la normativa general relativa a la modificación de obligaciones. La cual, al ser mezclada con la novación ha llevado a muchos autores patrios al contrasentido de bautizarla con la expresión de "novación modificativa". !Nada más lejos de una novación!.

Gracias al carácter atípico del contra to de asunción de deuda, hallamos el camino de su existencia y el de su admisión en nues tro Derecho.

C) Régimen legal aplicable. Precisamente porque existe la asunción de deuda y deambula como un contrato atípico, es necesario hallar un régimen legal que le sea aplicable. Y este lo encontramos dentro del Código civil,

a) En las normas generales relativas a las obligaciones y a los contratos en general.

b) En el régimen dimanante de la voluntad de los implicados en la formación del contrato, por aplicación general del artículo 1.255 y dentro de sus limitaciones.

c) Y de modo más específico, por las normas relativas a la modificación de obligaciones, aunque indebidamente encuadradas en el régimen de la novación y con esta salvedad.

d) Y en último extremo, por aplicación de los principios generales del Derecho.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta la labor interpretativa de nuestro Tribunal Supremo.

D) Es, también, un contrato abstracto. Lo cual no quiere decir que sea un negocio jurídico sin causa, sino que la misma se halla

omnubilada, porque el asumiente asume, además, la causa del deudor liberado, la causa de la relación obligatoria a que la deuda pertenece.

La asunción de dicha causa es la pieza clave que hace que la relación obligatoria - permanezca inalterada, in idem debitum, pues de ello se derivan las siguientes consecuencias:

1º. Que el asumiente pueda alegar las - excepciones correspondientes al deudor originario.

2º. Que no pueda alegar, en cambio, las correspondientes al contrato de asunción de deuda. Y,

3º. A hacer suyo los caracteres y requisitos de la relación obligatoria de que la - deuda asumida forma parte, convirtiéndose, por tanto, la asunción de deuda, en un negocio jurídico dúctil y maleable, !valga la expresión!, que es lo que constituye la principal característica de este contrato.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALBALADEJO: Derecho civil.-T. I, vol. 2ª, 4ª
1.975.

- Derecho civil. T. II, vol.1ª,2ª edic. 1975
- Derecho civil. T. II, vol.2ª,4ª edic. 1977
- La representación. En A.D.C., 1958, págs.
767 y ss.

ALONSO PEREZ, M.: El riesgo en el contrato de
compra-venta. Madrid, 1972.

AMIRA von: Nordgermanisches Obligationenrecht.
Leipzig, 1882-1895.

ARANGIO-RUIZ: Instituzioni di diritto romano.
Edic. 14ª, Nápoles, 1960.

- "Sponsio" e "stipulatio" nella terminologia
romana. En B.I.D.R., 1962.
- Historia del Derecho romano. Trad. de la 2ª
edic. italiana por el Dr. PELSMAEKER. 3ª -
edic. española. Madrid, 1974.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: La equivalen-
cia de las prestaciones en el derecho con-
tractual. Madrid, 1978.

BECKER: Savignys Stiftung. Römische Abteilung,
1.902.

BELTRAN DE HEREDIA, José: El cumplimiento de las
obligaciones. Madrid, 1956.

- Concepto del fraude civil. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el día 29 de Marzo de 1965. Publicada en los A.A.M.N., T. XVI, 1968, págs. 177 y ss.

BERETTA: L'esecuzione contro il debitore ed il nexum. Udine.

BIGIAVI: La delegazione. Padova, 1940.

- Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código civil italiano. Trad. de J.BELTRAN DE HEREDIA. En R.D.P. 1943, págs. 489 y ss.

BINDER: Iherings Jahrbücher. 1926.

BIONDI: Contratto e "stipulatio". Milán, 1953.

BONET RAMON, F.: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1944. En R.D.P. 1944, págs. 795 y 796.

BRINZ: Der begriff Obligatio. 1874.

- Obligatio und Haftung. 1886.
- Grünhuts Zeitschrift.

BRUNETTI: Norme e regole finale nel Diritto.

CASTAN: Derecho civil español, común y foral. Vol. II, Madrid, 1943.

- Derecho civil español, común y foral. Vol. IV, 6ª edic. Madrid, 1944.
- Derecho civil español, común y foral. T. I, vol. 2º, Madrid, 1971.
- Derecho civil español, común y foral. T. III, 11ª edic., Madrid, 1974.
- Derecho civil español, común y foral. T. IV, 9ª edic., (reimpresión).

COSSIO Y CORRAL, Alfonso de: La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. - (Conferencia). En A.A.M.N., Madrid, 1945, T. I, pág. 185.

COVIELLO: La sucessione nei debiti a titolo particolare. En el Archivio giurídico, tt. 56 y 57.

CRISTOBAL-MONTES, Angel: La llamada novación modificativa en el Derecho civil español. En R.C.D.I., núm. 498, 1973, págs. 1.167 y ss.

CUQ: Les institutions juridiques des romains. Dos volúmenes. Paris, 1940.

DE CASTRO, Federico: El negocio jurídico. Madrid, 1967.

DE DIEGO, Felipe Clemente: La transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera. La transmisibilidad de las obligaciones. Madrid, 1912.

- Instituciones de Derecho civil español. Tres Tomos, Madrid, 1959.

DE FRANCISCI: Synálagma: storia e dottrina dei cosiddetti dei contratti innominati. Dos volúmenes. Pavía, 1913-1916.

- Storia del diritto romano. 1, Milán, 1940.

DE MARTINO: Studi sulle garante personalli. II, In torno alla storia della sponsio. Nápoles, 1938.

DE RUGGIERO: Instituciones de Derecho civil. Trad. de la 4ª edic. italiana por SERRANO SUÑER y SANTA CRUZ TEIJEIRO. Vol. 2º, Derecho de obligaciones.-Derecho de Familia.-Derecho hereditario. Madrid, 1931.

DELBROCK: Die Übernahme Grunder Schulden. Berlín, 1.853.

DESANTES, J.M.: La relación contractual entre autor y editor. Pamplona, 1970.

DIEZ-PICAZO, Luis: Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Madrid, 1970 (Reimpresión 1972)

- y GULLON BALLESTEROS: Instituciones de Derecho civil. Vol. I, Madrid, 1973 (Reimpresión 1974).
- y GULLON BALLESTEROS: Sistema de Derecho civil. Vol. II, 1976 (Reimpresión 1977).

ENGISCH, Karl: Von Weltbild des Juristen. Heidelberg, 1950.

ENNECCERUS: Derecho de obligaciones, T. II en tres vols. de la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Trad. de la 35ª edición alemana con notas de Blas PEREZ GONZALEZ y José ALGUER. Barcelona, 1954.

ESPIN CANOVAS, Diego: Derecho civil español. Vol. 3º, Obligaciones y contratos. Madrid, 1959.

FERRANDIS VILELLA, J.: Notas a la obra de GINO CORLA: El contrato. Dos tomos. Barcelona, 1959.

FRIEDMANN: Law in a changing Society. Stevens and Sons. Londres, 1959.

FUBINI: Contribución al estudio de los contratos complejos. Trad. de A. POLO. En R.D.P. 1931, págs. 1 y ss.

FUENMAYOR: La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos urbanos. En A.D.C., 1.950, págs. 1.189 a 1.217.

GARCIA-AMIGO, M.: La cesión de los contratos en el Derecho español. Madrid, 1964.

- GARCIA VALDECASAS, G.: La sucesión en las deudas a título singular. En Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. T. II, págs. 207 y ss.
- GAUDEMET: Etude sur le transport des dettes a titre particulier. Dijón, 1898.
- GAZIN: Essai critique sur la notion de patrimoine dans le doctrine clasique.
- GIFFARD, A.E.: Les idées d'Ariston sur les contrats innominés. Paris, 1.950.
- GINOSSAR: Droit real, propreté et creance. 1960
- Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. 1963.
- GIORGIANNI: La obligación. Trad. de VERDERA. Barcelona, 1956.
- GONZALEZ PALOMINO: La adjudicación para pago de deudas. En A.A.M.N., T. I, 1945, págs. 207 y ss.
- GORLA, G.: El contrato. Dos tomos. Trad. de la - 2ª edic. italiana por José FERRANDIS VILELLA. Madrid, 1959.
- GULLON BALLESTEROS y DIEZ-PICAZO: Instituciones de Derecho civil. Vol. I, Madrid 1973. (Reimpresión 1974).
- y DIEZ PICAZO: Sistema de Derecho civil. Vol. II, 1ª edic. 1976 (Reimpresión 1977).

GROSSO, G.: Il sistema romano dei contratti. 3ª
edic. Torino, 1963.

GÜRGENS: Jahrbücher de Ihering. Vol. 8º

HERNANDEZ GIL, Antonio: Derecho de obligaciones.
1960.

HUSSHKE: Über das Recht des Nexum. Leipzig, 1864.

IGLESIAS, J.: Derecho romano. Instituciones de
Derecho privado. 6ª edic. Barcelona, 1972.

JALLU: Essai critique sur l'idée de continuation
de les fenomenes.

JORDANO: Los contratos atípicos. En R.G.L.J., ju
lio-agosto 1953, págs. 51 y ss.

- Asunción de deuda. (Comentario a la Senten
cia de 10 de Febrero de 1950). En A.D.C.,
1950, págs. 1.372 y ss.

KANT, M.: Principios metafísicos del Derecho.

KUNTZE: Die obligationem im römischen und heuti-
gen Recht. Leipzig, 1886.

- Obligatio und Singular succesion.

LIPPMANN: Beiträge zur Lehre der Schuldübernahme im B.G.B. (Contribución a la teoría de la asunción de deuda en el Código civil alemán). Vol. 107 del Archiv. für die civilistische Praxis, 1911.

LOPEZ JACOISTE: Sobre la aporía de la equivalencia contractual. En estudios jurídicos en homenaje al profesor F.DE CASTRO. Madrid, 1976, T. II, págs. 841 y ss.

LUZZATTO: Per un'ipotesi sulle origini e la natura dell'obbligazioni romana. Milán, 1934

MANRESA Y NAVARRO: Comentarios al Código civil español. T. VIII, vol. 2º, 6ª edic.
- T. XII, 6ª edic. revisada por GOMEZ YSABEL. Madrid, 1973.

MELON INFANTE, C.: Traducción del Código civil alemán (B.G.B.). Apéndice al Tratado de Derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff. Barcelona, 1955.

MENZEL: Zur Lehre der Schuldübernahme. En Grunhut's Zeitschrift (11).

MITTEIS: Römisches Privatrecht, 1. Leipzig, 1908.

MODICO: Onerosità e gratuità. Milano, 1942.

NICOLO: L'adempimento dell'obbligo altrui. Milano, 1936.

NUÑEZ LAGOS: La ratificación. En R.D.N., 1956
y edic. separada.

OERTMANN: Transmisión de las obligaciones. Trad.
del alemán por W.ROCES. En R.D.P., 1923, t.
X, págs. 99 y ss.

ORTEGA PARDO: Cuasi-contratos atípicos. En A.D.C.
1948, págs. 493 y ss.

PACCHIONI: Dei contratti in generale. Padova,
1930.

- Trattato de diritto civile. Padova, 1941.
- Trattato delle Obbligazioni.

PELUGER: Nexum und mancipium. 1908

PEREZ GONZALEZ y ALGUER: Anotaciones a la obra
de Enneccerus, Derecho de Obligaciones. Vol.
1º, 2ª edic.

- Notas al Derecho de Obligaciones de Enneccerus. T. II, vol. 1º, 2ª edic. 1954.

PEROZZI, S.: Le obbligazioni romani. Bologna, 1903

PLANIOL-RIPERT: Traité pratique de Droit civil
français. T. VI, Obligations. Paris, 1952.

PLANITZ, Hans: Derecho privado germánico. Trad.
de la 3ª edic. alemana por C.MELON INFANTE.
1957.

POLACCO: Dazioni in pagamento. Padova, 1888.

POLLOCK: Law of contracts.-

POSADA, Adolfo: Tratado de Derecho político. 5a edic. Madrid, 1935.

POTHIER: Traité des Obligations. 1761. Edic. española: Tratado de las obligaciones, Barcelona, 1839; y edic. argentina, Buenos Aires, 1947.

PRADA GONZALEZ: La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos. En A.A.M.N. T. XVI, Madrid, 1968.

PUGGIATTI: Esecuzione forzata e diritto sostanziale. Milano, 1935.

PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho civil. T. I. vol. 2º, Derecho general de las Obligaciones. Barcelona, 1959.

- - T. II, vol. 2º, Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil. Barcelona, 1956.

PUIG-PENÁ: Compendio de Derecho civil. T. III, vol. 1º, Barcelona, 1956.

RADIN, Max: The Law and Mr. Samith. Indianápolis, 1938.

REGELSBERGER: Zwei Beiträge zur Lehre der Cession. En Archif für die civ. Praxis. T. 67.

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular. En Estudios de Derecho privado, T.I, págs. 255 y ss. Madrid, 1948.

ROCCO: Il fallimento. Teoría generale ed storica. Torino, 1916.

RODRIGUEZ-ARIAS: Derecho de obligaciones. Madrid, 1965.

RODRIGUEZ NAVARRO: Doctrina civil del Tribunal Supremo. T. III, Madrid, 1961

RUBBINO: La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari. Milano, 1930.

SASCHÖNBAUER: Mancipium und Nexus. En IURA, Nápoles, 1950.

SANCHEZ ROMAN: Estudios de Derecho civil. Vol.IV, 2ª edic., Derecho de obligaciones, 1899-1911.

SAVIGNY: Traité des obligations. I. Trad. de la edic. alemana por GERARDIN y JOZON, Paris, 1863. En dos volúmenes la 2ª edic. Paris, 1873.

- Sistema de Derecho romano. Trad. de J.MESIA y M.POLEY. Madrid, 1878.

- Le obbligazioni. Edic. italiana de PACCHIONI. Torino, 1912-1915.

SCAEVOLA, Mucius: Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial. T.XXVIII, Madrid, 1953.

SOHM: Historia e instituciones del Derecho privado romano. Trad. española de la "España Moderna". Madrid, 1928.

TEDESCHI: La tutela aquiliana del creditore contro i terzi. En R.D.C., 1953.

TILOCCA: Onerosità e gratuità. En Riv. trim. di diritto e procedura civile, 1953, págs. 53 y ss.

TRABUCCHI: Instituciones de Derecho civil. T.II, Trad. de la decimoquinta edición italiana con notas y concordancias de Derecho español, por Luis MARTINEZ-CALCERRADA. Madrid, 1967.

TRAVIESAS: La gestión de negocios ajenos. En R. D.P. 1919, págs. 129 y ss.

VAZ SERRA: Assunção de dívida. En el Boletín do Ministerio da Justiça, núm. 72, Enero 1958, págs. 189 y ss.

VAZQUEZ BOTE: Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios en el Código civil. En R.C.D.I., 1969, págs. 356 y ss.

VOCI, P.: Dottrina romana del contratto. Milano, 1946.

WESTRUP: Notes sur la sponsio et le nexum dans l'ancien droit romain. Copenhague, 1947.

WINDSCHEID: Die Actio des römischen Rechts von Standpunkte des heutigen Rechts. Dusseldorf, 1856.

- Lehrbuch des Pandektenrechts. La 1ª edic. en 1882. La 9ª edic. en 1906, bajo la dirección de KIPP.
- Diritto delle Pandette. Trad. italiana - por FADDA y BENSÀ. Torino, 1904.

ZIEBAHRT: Realexecution und die obligation.

- 310 -

INDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

LA OBLIGACION Y SU DINAMICA JURIDICA Y
ECONOMICA.

CAPITULO I

Análisis de la relación jurídica..... 2

CAPITULO II

La obligación como relación jurídica
entre dos personas: lado activo o acree-
dor y lado pasivo o deudor. Análisis es-
tructural. Idea de vínculo 18

CAPITULO III

La obligación como bien en el patri-
monio del acreedor 41

1. Análisis funcional 42

2. Fenómeno general transmisor de
las obligaciones 52

PARTE SEGUNDA

LA ASUNCION DE DEUDA.

CAPITULO I

El concepto de asunción de deuda 71

CAPITULO II

Naturaleza jurídica de la asunción
de deuda:..... 82

1. Teoría de DELBRUCK o de la <u>se</u> paración crédito-deuda	87
2. Teoría de la gestión de nego- cios ajenos. Tesis de WINDSCHEID	96
3. Teoría de la oferta colectiva....	110

PARTE TERCERA

EL CONTRATO DE ASUNCION DE DEUDA Y SU REGIMEN JURIDICO.

CAPITULO I

La asunción de deuda como contrato..	130
--------------------------------------	-----

CAPITULO II

Características del contrato de asunción de deuda:.....	154
1. Consensualidad	154
2. Unilateralidad o bilateralidad...	158
3. Onerosidad o gratuidad	161
4. Conmutatividad	168
5. Problema en torno a la posible aleatoriedad del contrato de asunción de deuda. La aleatoriedad en relación con la atipicidad	172

CAPITULO III

La atipicidad del contrato de asun- ción de deuda	190
--	-----

CAPITULO IV

Los elementos del contrato de asun- ción de deuda:.....	211
1. Elementos personales.Capacidad...	212
2. Elemento real u objetivo	215
3. Elemento formal	220
4. La ratificación del acreedor co- mo requisito esencial del contrato de - asunción de deuda por delegación. Su na- turaleza jurídica. Características de la ratificación como consentimiento del - acreedor	221

CAPITULO V

Contenido del contrato de asunción de deuda: Sus efectos	268
<u>CONCLUSIONES</u>	287
<u>INDICE BIBLIOGRAFICO</u>	266
<u>INDICE GENERAL</u>	310

- - - - -